



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

**ASSOCIAÇÕES DE CLASSE E O PAPEL DAS AUTORIDADES DA
CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Fernanda Ribeiro Vasconcelos Merlo

FERNANDA RIBEIRO VASCONCELOS MERLO

**ASSOCIAÇÕES DE CLASSE E O PAPEL DAS AUTORIDADES DA
CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharela em Direito

Orientador: Professor Doutor Paulo Burnier da
Silveira

Brasília – DF

2019

FERNANDA RIBEIRO VASCONCELOS MERLO

ASSOCIAÇÕES DE CLASSE E O PAPEL DAS AUTORIDADES DA CONCORRÊNCIA:
UM ESTUDO À LUZ DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília como requisito à obtenção
do grau de Bacharela em Direito

Orientador: Professor Doutor Paulo Burnier da
Silveira

Banca Examinadora

Professor Doutor Paulo Burnier da Silveira

Orientador

Leonardo Peres da Rocha e Silva

Membro

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão

Membra

Maria Camilla Arnez Ribeiro Coelho

Suplente

Brasília – DF

2019

People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings, by any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies; much less to render them necessary. A regulation which obliges all those of the same trade in a particular town to enter their names and places of abode in a public register, facilitates such assemblies. . . . A regulation which enables those of the same trade to tax themselves in order to provide for their poor, their sick, their widows, and orphans, by giving them a common interest to manage, renders such assemblies necessary. An incorporation not only renders them necessary, but makes the act of the majority binding upon the whole.

– SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*, Book I, Chapter X, 1776.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais, pelo apoio infinito, a Rose, pela ajuda essencial, e a todos que de alguma forma tornaram minha graduação possível. A meu orientador, Paulo Burnier, por aceitar o tema e pelas inúmeras ideias propostas. À Professora Ana Frazão, por ter aceitado ser membra da banca examinadora apesar de todas as dificuldades logísticas. Indispensável agradecer a Pinheiro Neto Advogados, especialmente a Leonardo, por fornecer praticamente todo o material consultado neste trabalho. Agradeço igualmente ao Professor Eric Hadmann Jasper pela ajuda e conselhos oferecidos ao longo do curso.

Agradeço, ainda, o apoio e auxílio de José Rubens, Maria Camilla, Daniel, Gatto, Flávia, Bianca, Letícia, Beatriz, Elis, Heloísa, Julia, Najara e Luísa. Vocês são fantásticos.

Um certo agradecimento a mim mesma, por não desistir do caminho, e a G. e T., eternos companheiros de jornada.

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar o posicionamento recente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em relação à atuação das associações de classe em cartéis e condutas comerciais uniformes no período entre 2015 e 2018, atestando parâmetros de julgamento e alterações de jurisprudência, no intuito de aferir o limite entre o lícito e o ilícito, bem como analisar a dosimetria aplicada pelo Tribunal. Para tanto, foram analisados todos os casos julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“Tribunal”) envolvendo associações de classe no referido período, além da doutrina acerca do tema.

Palavras-chave: associação de classe. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cartel. Conduta comercial uniforme. Troca de informações concorrencialmente sensíveis. Ilícito *per se*. Dosimetria.

Abstract

The aim of this study is to analyze the Administrative Council for Economic Defense's ("CADE") case law regarding the operation of trade associations in cartels and uniform commercial conducts in the period between 2015 and 2018, attesting the parameters of judgment and changes in precedents, in order to measure the limit between the lawful and the unlawful, as well as to analyze the dosimetry applied by the Tribunal. Therefore, all the cases judged by the Administrative Tribunal of Economic Defense ("Tribunal") involving trade associations in that period, as well as the doctrine on the subject, were analyzed.

Keywords: trade associations. Administrative Council for Economic Defense. Cartel. Uniform commercial conduct. Information exchange. *Per se* violation. Dosimetry.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. O CADE E SUA RELAÇÃO COM ASSOCIAÇÕES DE CLASSE	10
1.1. A Cartilha de Combate a cartéis em sindicatos e associações: uma tentativa inicial.....	10
1.2. Associações vistas pela doutrina	14
1.2.1. Comparações com a Lei nº 8.884/94: uma perspectiva histórica	14
1.2.2. O papel das associações no Direito Antitruste	18
1.2.2.1. Princípios e normas na visão do Direito Econômico.....	18
1.2.2.2. A estrutura concorrencial aplicada às associações de classe.....	22
1.3. A visão da OCDE sobre o CADE: 2010 e 2019.....	25
2. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO E CÁLCULO DAS SANÇÕES APLICADAS: UM DEBATE AINDA INDEFINIDO	28
2.1. Regra da razão e regra <i>per se</i>.....	28
2.1.1. Debate na Doutrina e no CADE	31
2.2. Dosimetria: foco de incertezas.....	37
2.2.1. Embate entre duas visões	37
2.2.1.1. A vertente dominante no Tribunal.....	40
2.2.1.2. A vertente da vantagem auferida.....	45
2.3. Posicionamento recente do CADE: 2015 a 2018.....	49
2.4. Nova composição do Tribunal.....	69
2.5. Questionamentos acerca do tratamento concedido a associações pelo CADE.....	70
2.5.1. Desconsideração da personalidade jurídica e aferição de renda por associações	70
2.5.2. Leniente presidente da associação condenada.....	72
3. TRATAMENTO INTERNACIONAL: TRADE ASSOCIATIONS	74
3.1. Visão da doutrina e da jurisprudência.....	74
3.2. Visão institucional: OCDE	88
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	96
Referências Bibliográficas	96
Referências Jurisprudenciais	98

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, buscou-se analisar a percepção do CADE em relação a associações de classe no período entre 2015 e 2018, aferindo, através do exame de seus julgados, a existência ou inexistência de uma padronização em sua metodologia para configuração do ilícito anticoncorrencial e dosimetria de multa. Referida proposição tem sido crescentemente discutida pela doutrina e pelo próprio Tribunal, em meio à consolidação de duas formas distintas de cálculo para sanções pecuniárias, formas estas que geram um debate sobre insegurança jurídica. A produção doutrinária exclusivamente dedicada ao tema ainda não é farta, mas encontra exemplares em Frazão et al. (2017).

Considerando-se que em 2019 quatro novos Conselheiros serão apontados para a composição do Tribunal, número este capaz de formar uma maioria, o debate acerca da necessidade de uma sistematização quanto à configuração do ilícito e metodologia para cálculo de multas é de extrema relevância, sendo a razão inerente ao presente trabalho, o qual é dividido em seis partes.

Primeiramente, realiza-se um breve contexto acerca da relação entre o CADE e a atuação de associações de classe, através da análise de sua Cartilha “Combate a cartéis em Sindicatos e Associações¹” (“Cartilha”). Em seguida, parte-se para a discussão acerca dos requisitos e limites para a configuração do ilícito, especialmente em relação aos denominados ilícitos *per se*. Passa-se, então, para o debate acerca da dosimetria aplicada na aferição de sanções pecuniárias, e o modo de sua utilização pelas duas correntes atualmente presentes no Tribunal. Ato contínuo, efetiva-se a análise dos casos julgados pelo CADE entre 2015 e 2018, o que é seguido pela abordagem internacional do tema. Por fim, conclui-se o presente trabalho com o exame das principais percepções angariadas ao longo de sua execução.

¹ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. **Combate a cartéis em sindicatos e associações**. Brasília, 2009. 32 p. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/@download/file/cartilha_sindicatos.pdf. Acesso em 20 out. 2018.

1. O CADE E SUA RELAÇÃO COM ASSOCIAÇÕES DE CLASSE

O CADE é a autarquia responsável pela salvaguarda da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro, e seu funcionamento está previsto na Lei 12.529/2011, bem como em seu Regimento Interno². Como parte de sua atuação, tem-se a persecução administrativa de condutas anticompetitivas (previstas de modo não exaustivo no artigo 36 da referida Lei), as quais, de modo cada vez mais frequente, envolvem associações. Silveira (2017) informa que, em 2014, 58% dos processos administrativos (“PA”) analisados pelo Tribunal envolviam ao menos uma associação, o que denota sua forte presença no mercado concomitante à uma percepção de que sua atuação talvez esteja ultrapassando os limites do concorrencialmente permitido.

Nesse sentido, questiona-se se este panorama seria fruto de um desconhecimento da parte dos associados quanto às condutas permitidas no meio associativo, agravado por uma falta de sistematização do órgão administrativo. A presença de divergências entre os Conselheiros da autarquia é inegável, se constituindo em um forte objeto de crítica no Relatório³ elaborado em 2019 pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) acerca da legislação e política da concorrência no Brasil.

1.1. A Cartilha de Combate a cartéis em sindicatos e associações: uma tentativa inicial

Percebe-se, porém, um esforço institucional voltado para a sistematização das condutas consideradas concorrencialmente sensíveis. Em sua Cartilha “Combate a cartéis em sindicatos e associações”, a extinta Secretaria de Direito Econômico reconhece às associações de classe o

² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAECONOMICAVersopsema2.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil. Paris, 2019. 204 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

papel de geradoras de eficiências no mercado. O documento alerta, porém, para o risco de cartelização oferecido por tais grupos em razão do ambiente propício à troca de informações comercialmente sensíveis e uniformização de conduta, tácita ou explícita. Em cartéis de maior envergadura, as associações podem funcionar como importantes agentes de monitoramento do cumprimento dos termos acordados entre os cartelistas, aplicando, muitas vezes, punições aos participantes não complacentes.

Nesse sentido, a cartilha apresentada pelo CADE menciona informações relativas a temas ambientais, trabalhistas, tendências econômicas e políticas públicas com efeito no setor como troca lícita de informações (BRASIL, 2009). Ressalta-se, porém, que “quanto mais concentrado for um setor, maior o risco de a coleta e a disseminação de informação serem consideradas uma violação à concorrência⁴”. Caso a coleta de dados seja necessária, o CADE recomenda seja esta feita em relação a dados históricos, de forma confidencial e de contribuição voluntária com divulgação agregada e pública⁵.

Em relação a reuniões⁶, ocorridas ou não na sede da associação, a agência recomenda que suas agendas sejam públicas, com temas definidos e elaboração de atas posteriormente arquivadas como registro. Ademais, sugere que os participantes não sejam membros de Departamentos Comerciais ou de Vendas, e que os dirigentes “sejam independentes, afastando-se da direção empresarial⁷”. Ressalta-se, ainda, que as atas devem abranger o conteúdo integral da reunião. Nesse sentido, caso um tema anticoncorrencial comece a ser discutido, a empresa deve imediatamente deixar a reunião, fazendo constar em ata o motivo de sua retirada. Nessa situação, o CADE indica o dever de denúncia, ainda que anônima⁸.

Outras práticas não recomendadas pelo CADE são **(i)** a realização de tabelas de preços, ainda que estes sejam somente indicativos; **(ii)** criação de ‘códigos de ética’ que contenham regras anticompetitivas (preços, divisão de mercado, participação em licitações públicas, concessão de descontos, regulação de publicidade, entre outros⁹); **(iii)** criação de barreiras à

⁴ BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. **Combate a cartéis em sindicatos e associações**. Brasília, 2009, p 14. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf@@download/file/cartilha_sindicatos.pdf. Acesso em 20 out. 2018.

⁵ *Idem*, p. 14.

⁶ *Idem*, p. 15.

⁷ *Idem*, p. 15.

⁸ *Idem*, p. 15.

⁹ *Idem*, p. 19

entrada no mercado, seja através de adoção de critérios para adesão e exclusão de membros da associação que sejam anticompetitivos, seja pela adoção de certificações e padronizações que gerem indevido benefício aos seus detentores ou que sejam acessíveis somente a associados; (iv) práticas discriminatórias ou de exclusão a não-membros ou entrantes no mercado; e (v) sistema de aquisição conjunta de produtos e serviços aos membros da associação que seja utilizado como poder de mercado frente a fornecedores sem a correspondente criação de eficiências.

No intuito de evitar tais práticas, a criação e implementação de um programa de *compliance* é altamente recomendada. Ressalte-se que a prática de cartel é sujeita a persecução criminal¹⁰, sendo punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão e multa, e administrativa¹¹, conforme o artigo 37, incisos II e III da Lei 12.529/11:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

(...)

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

Silveira (2017) reforça tal entendimento ao citar como ilícitos concorrenciais a troca de informações sensíveis, a utilização de tabelas de preço e a exigência de padrões mínimos na atividade no intuito de criar barreiras à concorrência (risco de *sham litigation*). O autor, porém, afirma que todas estas condutas, ainda as consideradas ilícitos *per se*, podem ser vistas como lícitas, a depender do caso em análise. Nesse sentido, a discussão de temas relevantes ao setor,

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990, artigo 4º, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. artigo 37, incisos II, III. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

tais como uma reforma legislativa com impacto tributário¹², estaria contida nas funções tipicamente desempenhadas por uma associação, ao passo que a revelação dos preços atuais praticados pelas empresas participantes se configuraria como uma infração à Lei da Concorrência. Especificamente quanto à utilização de tabelas indicativas de preço, o autor afirma que seu uso lícito dependeria de elevada eficiência gerada na persecução de um objeto lícito e razoável¹³.

Nesse sentido, o Guia de Compliance emitido pelo CADE traz lista de ‘boas práticas’ que visam garantir um nível de segurança mínimo às entidades quanto às condutas que usualmente serão vistas pela autarquia como anticompetitivas, baseada em decisões e posicionamentos relativamente sedimentados no CADE:

- (i) ser transparentes quanto à pauta das reuniões, enviando-as com antecipação aos membros;
- (ii) disseminar a informação coletada de seus membros de forma agregada para não permitir, sob qualquer modo, a identificação dos dados individuais das empresas;
- (iii) instaurar ou contratar auditoria para acompanhar as coletas de dados (Black Box);
- (iv) requisitar preferencialmente dados históricos e, na medida do possível, disponibilizar aquilo quanto coletado não somente para os seus membros, mas também ao público, ainda que apenas por meio de pagamento, a fim de eliminar qualquer desconfiança sobre suas práticas;
- (v) não divulgar preços atuais e futuros, custos, níveis de produção, estoques, planos de marketing, planos de crescimento, política de descontos de seus associados, entre outras informações concorrencialmente sensíveis de seus membros;
- (vi) receber e solicitar informações concorrencialmente sensíveis individualizadas dos associados somente de forma sigilosa, para pessoas neutras, que não estejam ligadas a empresas concorrentes, e jamais compartilhá-las com os demais associados;
- (vii) evitar a elaboração e divulgação de tabelas, ainda que sugestivas, de preços e condições comerciais em que produtos e serviços serão prestados;
- (viii) utilizar sempre critérios não discriminatórios para admissão de novos

¹² SILVEIRA, Paulo Burnier da. As associações e a defesa da concorrência: a fronteira entre o direito de associação e o ilícito concorrencial. In: FRAZÃO, Ana et al. **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. Cap. 10. p. 240.

¹³ *Idem*, p. 241.

membros¹⁴.

Considerando a linha tênue entre legalidade e ilegalidade que se apresenta quando da discussão acerca da atuação das associações, parte-se para uma análise dos requisitos e limites para a configuração do ilícito, especialmente em relação aos denominados ilícitos *per se*, e seu impacto na dosimetria das multas impostas.

1.2. Associações vistas pela doutrina

A doutrina brasileira, apesar de não se dedicar sobremaneira ao estudo específico da atuação das associações de classe em práticas anticompetitivas, tem se manifestado de forma relativamente uniforme quanto às hipóteses de condenação aplicadas pelo CADE. As críticas relacionadas à insegurança jurídica gerada por tais decisões, por outro lado, são igualmente constantes nos diversos estudos que abrangem a matéria, o que revela uma necessidade de parâmetros mais claros quanto às práticas permitidas. A seguir, realiza-se uma comparação com o tratamento concedido às associações na Lei da Concorrência anterior, bem como sua visão pela doutrina antecedente e atual.

1.2.1. Comparações com a Lei nº 8.884/94: uma perspectiva histórica

A Lei nº 8.884/94¹⁵, revogada pela nova Lei da Concorrência (Lei nº 12.529/11), continha dispositivos semelhantes em relação a associações¹⁶, prevendo uma multa de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir). Na doutrina

¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para programas de Compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de dos programas de *compliance* concorrencial. Brasília, 2016, pp. 35/36. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em 17 maio 2019.

¹⁵ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

¹⁶ Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95).

anterior ao novo diploma legal, já se ressaltavam casos em que associações tomavam parte em condutas anticompetitivas. Francheschini (1998) menciona como casos de condenação o **(i)** uso de tabelas de honorários mínimos; **(ii)** o estabelecimento de critério uniforme de reajuste de mensalidade para consumidores; **(iii)** recomendação de repasse ao preço final do aumento de custos ocorrido na indústria; **(iv)** recusa de atendimento a agentes que não adotem tabela de honorários; e **(v)** tabela de preços mínimos¹⁷.

O autor ressalta, porém, o caso do PA nº 148/1992 (“Caso Kibon”), no qual a utilização de tabela sugestiva de preço de revenda de produtos da marca não foi considerada conduta anticompetitiva, conforme voto do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa¹⁸:

“O processo em questão contém todos os elementos que autorizam a afirmar que trata-se (sic) de *suggested retail price*, e não imposição, porque: a) **não existem condições estruturais para que a Representada exerça domínio de mercado, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços.** Uma hipotética ameaça de retaliação por parte da Representada, caso o revendedor não acompanhasse a "sugestão", poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas, haja visto, como já foi salientado, o ambiente altamente competitivo prevalecente neste segmento. b) **não se verificou a existência de dispositivos contratuais ou acordos que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor.** Como relatado, o próprio Sindicato da Indústria e Panificação e Confeitaria de São Paulo afirmou que os estabelecimentos varejistas não sofrem nenhuma retaliação por parte das indústrias caso aquelas optem em realizar políticas de preços autônomas. c) **O comportamento dos preços não tem seguido tendência uniformizante, mas ao contrário, apresenta significativa dispersão. (...)**

O elevado grau de concorrência inter-marcas, somada às fracas barreiras à entrada, à pulverização da oferta, bem como por não se tratar de um produto

¹⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Editora Singular, 1998, pp. 306-323.

¹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto no nº PA nº 148/1992. Relator: Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa. Brasília, DF, 22 de outubro de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, 5 nov. 1997. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYiebuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO9zooDb-sXZbPWHuGZoy992fIdbVTsTEgDN8uATci6nI_PXZDdqMEMDWQ_BJzxBwNs_04YhAp4wc4yLfypiTgM>. Acesso em: 31 mar. 2019.

essencial, tomam qualquer tentativa de imposição de preços mediante tabela, visando aferição de lucros extraordinários ou domínio de mercado, virtualmente impossível. (...) Destarte, o conceito de *suggested retail price* que se aplica precisamente ao caso em tela, - além das considerações retro expostas - **assume importantes características de ordem pedagógica para o mercado**, mediante a informação aos consumidores sobre os preços justos, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos”.

O ex-Conselheiro, em seu voto, traz importantes parâmetros para o uso de tabela sugestiva de preços de forma legítima, intrinsicamente dependentes da análise do caso concreto, o que pode prejudicar o argumento dos ilícitos *per se*, como será visto adiante. São eles: **(i)** a estrutura do mercado em questão, que pode apresentar elementos como baixas barreiras à entrada, desconcentração, alta substitubilidade, não essencialidade do produto, alta concorrência; **(ii)** inexistência de caráter compulsório à utilização da tabela, ou sanções pelo não uso; **(iii)** análise concreta do comportamento dos preços no mercado, sendo esses não uniformes; **(iv)** caráter pedagógico da tabela, servindo esta unicamente como referencial de um preço cabível, assim evitando sobrepreços extremos ou, em mercados caracterizados pela exclusividade, como o mercado de luxo, mantendo um patamar mínimo de preços que garanta a reputação da marca (GONÇALVES, 2002).

Como será ainda visto neste trabalho, o atual posicionamento do CADE é em sentido contrário, o que demonstra tanto a peculiaridade do caso analisado quanto a flutuação de posicionamentos no órgão, o que pode indicar faltar ainda uma sistematização à autarquia, apesar desta demonstrar melhorias em seu contínuo fortalecimento, recentemente exemplificado pela sua aceitação como membro pleno do Comitê de Concorrência da OCDE¹⁹.

Ainda em 2002, Gonçalves já adotava a atual vertente presente no Tribunal ao afirmar que tabelas sugestivas de preço configuram ilícito concorrencial no momento em que são acompanhadas por mecanismos de vinculação, obrigatoriedade e punição por descumprimentos (estas, explícitas ou veladas)²⁰. A autora, porém, traz reflexão ao mencionar que a sugestão de

¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Brasil é aceito como membro do Comitê de Concorrência da OCDE**. 22 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrencia-da-ocde/view>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

²⁰ GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: Análise dos aspectos concorrenciais**. São Paulo: Editora Singular, 2002. pp. 205-6.

preços máximos pode ter o intuito de manter a reputação de um produto, assim como a sugestão de um preço mínimo pode almejar garantir a percepção de um objeto como luxuoso e exclusivo (GONÇALVES, 2002, p. 209).

Quanto ao tema, Pfeiffer (2010) ressalta que um fator que pode ter contribuído à larga prática de sugestão ou mesmo imposição de preços por parte de associações seria a política de controle de preços que vigorou por grande parte do período inflacionário brasileiro, materializados na Comissão Nacional de Estabilização de Preços (CONEP) e na Comissão Interministerial de Preços (CIP). Para o autor, tais políticas geraram um impacto determinante na livre concorrência, cujas consequências se prolongam até os dias atuais:

“Na década de 80 os índices inflacionários foram atingindo patamares cada vez mais elevados, o que desorganizava a economia como um todo, inclusive, obviamente, as tentativas de controle de preços. Tal período não favorecia em nada a implementação de práticas de efetiva concorrência. Nesse contexto, as associações de classe continuaram a articular as condutas de seus membros, bem como a intermediar os processos de negociação de preços, seja internamente, seja com os setores do Governo responsáveis pelo seu controle. A participação das associações de classe no processo de fixação de preços ficou tão enraizada que mesmo após a extinção do aludido controle de preços, diversas entidades de classe continuaram a portar-se como centro uniformizador de preços e outras condutas comerciais de seus associados, liderando diversos cartéis, o que lhes rendeu sucessivas condenações pelo CADE.

Aliado a tais fatores, houve ainda a circunstância de diversas decisões judiciais que, por aspectos formais, anularam a maior parte das decisões mais incisivas do CADE, colaborando, definitivamente, para a ausência de efetividade da lei de proteção da concorrência²¹”.

Gico Junior (2006) reforça tal entendimento ao afirmar que “a concentração industrial não apenas era bem-vista, mas fiscalmente incentivada, enquanto a coordenação entre produtores atuantes no mesmo mercado era considerada lícita, desde que respeitados os limites máximos impostos pelo CIP” (GICO JUNIOR, 2006, p. 38). Tem-se, portanto, um cenário no

²¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 124. doi:10.11606/T.2.2010.tde-26092011-104134. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/pt-br.php>. Acesso em: 2 abril 2019.

qual a atuação das associações atualmente considerada anticoncorrencial era não somente legítima, mas também esperada. O mencionado fracasso do *enforcement* da Lei nº 8884/94 em relação às associações pode ter contribuído para o direcionamento do CADE para atos de concentração (“AC”), o que foi somente acentuado com a instituição do sistema de pré-notificação na nova Lei da Concorrência. Tal ‘privilégio’ concedido às operações é objeto de críticas no Relatório da OCDE de 2019, o qual ressalta a necessidade de maior enfoque a casos de cartel fora do contexto da Operação Lava-Jato, bem como de conduta unilateral em geral, estas largamente negligenciadas devido à falta de equipe suficiente e ao fato de ACs possuírem prazo máximo de análise (artigo 88, § 2º, da Lei 12.529/11, o qual prevê um prazo máximo de 240 dias de análise, extensíveis por 90 dias).

1.2.2. O papel das associações no Direito Antitruste

Por toda a doutrina, o tema das associações de classe é debatido dentro do contexto mais amplo da ordem econômica, objeto de constantes controvérsias e influenciado por inúmeras correntes doutrinárias distintas ao longo do tempo. Neste tópico busca-se analisar de que forma a discussão acerca do contexto econômico e a supervisão do mercado pelo Estado pode ter influenciado a visão da doutrina acerca do papel das associações no Direito Antitruste.

1.2.2.1. Princípios e normas na visão do Direito Econômico

Eros Grau, em seu clássico “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” (1997), já ressaltava a relação intrínseca entre os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e o valor social da livre iniciativa²², demonstrando, assim, a preocupação do legislador constituinte em elaborar um documento que garantisse ambos o desenvolvimento econômico e direitos sociais aos indivíduos.

Do mesmo modo, a afirmação de que a “postulação primária da liberdade de iniciativa econômica (...) é a garantia da legalidade²³” pode ser vista tanto como uma garantia da não intervenção do Estado quando não expressamente previsto quanto uma autorização a esse mesmo Estado para que aja no intuito de garantir a concorrência, dando legitimidade

²² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 221.

²³ *Idem*, p. 227.

constitucional à existência de órgãos de regulação concorrencial tais como o CADE. Nesse sentido, o autor realça o objetivo constitucional de harmonização entre polos que se poderiam dizer opostos, quais sejam, o da economia no sentido de mercado manufaturado pelo sistema capitalista e o de proteção ao consumidor:

A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – “livre jogo das forças de mercado, na disputa da clientela” –, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal.

(...)

Deveras, não há oposição entre o princípio da *livre concorrência* e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como *princípio da repressão aos abusos do poder econômico* e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural²⁴.

Tem-se, portanto, que a Constituição adotou abordagem prática ao não ignorar a desigualdade no mercado, criando, ao invés, um arcabouço principiológico por meio do qual lidar com tal desequilíbrio de modo a concretizar os ideais constitucionais. Importante ressaltar que o autor, ao longo de sua obra dedicada ao estudo da ordem econômica, não se refere em qualquer momento a associações, comprovando, assim, o argumento de Pfeiffer (2010) de que a forte atuação do Governo no controle dos preços inflacionários pode ter contribuído para a falta de atenção ao risco anticoncorrencial perpetrado pelas associações indevidamente conduzidas.

Nesse sentido, Salomão Filho (2003), ao realizar análise econômico-histórica acerca do controle de condutas anticoncorrenciais, ressalta o embate entre a Escola Neoclássica de Chicago e a Escola Estruturalista de Harvard, com a prevalência daquela, ao defender a análise pela eficiência econômica, em oposição ao estudo das condições estruturais de concorrência

²⁴ *Idem*, pp. 230-1.

(SALOMÃO FILHO, 2003, pp. 21-2). Da prevalência da Escola de Chicago surgiram três teorias que atualmente são o foco dos debates doutrinários do campo da análise comportamental, desviando seu foco do estudo estrutural para o comportamental: a teoria dos mercados contestáveis, a teoria dos jogos e a teoria dos custos de transação (SALOMÃO FILHO, 2003).

A teoria dos mercados contestáveis defende que o método para a proteção da concorrência seria a garantia de um mercado perfeitamente contestável, tido como “aquele em que a entrada é absolutamente livre e a saída não importa relevantes custos para o produtor” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 24). Desse modo, baixas barreiras à entrada e economia de escala irrelevante seriam instrumentos indispensáveis à salvaguarda da concorrência. Nesse sentido, “na teoria dos mercados contestáveis a estrutura é determinada endogenamente e simultaneamente com os preços, quantidade ofertada e outras decisões das empresas pelas quais ela é constituída” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 24).

A teoria dos jogos, por sua vez, apresenta importante reflexão para o tema do presente trabalho, ao analisar os fatores que levam ao comportamento colusivo, na vertente crítica de John Nash (SALOMÃO FILHO, 2003):

Uma vez compreendido o postulado óbvio de que o agente primeiro adquire conhecimento, para só então orientar seu comportamento, é possível redirecionar as atenções. Ainda que não se admita uma motivação altruísta para o comportamento humano (o que, sem dúvidas, em grande parte dos casos seria um pressuposto irreal), é necessário admitir que qualquer indivíduo racional direciona seu comportamento não por uma cega observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão (adquirida) das formas de interação econômica. Se essa compreensão demonstra que a concorrência é ruínosa e destrutiva, esse indivíduo provavelmente cooperará com seu concorrente. O “conhecimento” adquirido através de um comportamento individual leva inexoravelmente à adoção de uma estratégia coletiva²⁵.

²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 27.

Aplicada ao presente tema, tal percepção pode contribuir para o entendimento da motivação que leva empresas a se utilizarem das associações como foro de discussões ilícitas. Em suma, realizar-se-ia um cálculo da força de cada agente atuante no mercado (o Estado, os concorrentes, a conjuntura internacional, entre outras), e concluir-se-ia pela obtenção de maior vantagem através da formação de um cartel, o qual seria melhor estruturado por meio de uma associação, devido à sua legitimação constitucional como organização de debate livre (artigo 5º, XVII, CF).

A teoria dos custos de transação, por outro lado, defende que a eficiência da empresa é alcançada a partir da redução de custos, incertezas e oportunismos, o que é uma grande motivação para integrações verticais. Tais integrações, porém, facilmente são convertidas em estruturas colusivas entre concorrentes, os quais verificam que os benefícios auferidos pela cartelização seriam superiores aos custos de sua manutenção (SALOMÃO FILHO, 2003). O autor ressalta, ainda, que a teoria dos custos de transação foi responsável pela geração das teorias dos comportamentos estratégicos e da racionalidade ilimitada (SALOMÃO FILHO, 2003).

Para além da discussão econômica, evidencia-se uma teoria eminentemente jurídica para a análise do comportamento (anti)concorrencial dos agentes, originada na teoria econômica do bem-estar e aperfeiçoada na teoria da escolha social (SALOMÃO FILHO, 2003). Para essa visão, a concorrência, vista em seu sentido institucional, deve ser protegida, e não o mercado ou os concorrentes.

O direito concorrencial, em sua concepção institucional, não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres. Pretende, assim, assegurar que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada²⁶.

Nesse sentido, tem-se a racionalidade limitada do consumidor e o oportunismo que permeia o mercado como riscos intrínsecos à concorrência, os quais somente podem ser

²⁶ *Idem*, pp. 48-9

remediados através da lealdade, existência efetiva da concorrência e informação (SALOMÃO FILHO, 2003). Neste aspecto, o autor ressalta os benefícios gerados pelas associações:

(...) a teoria jurídica do direito concorrencial demonstra que a cooperação empresarial (...) é uma das formas adiantadas e eficientes de eliminar os problemas de informação no mercado.

As associações de produtores, antes consideradas como formas odiosas de cartel, na moderna teoria concorrencial, quando convenientemente estabelecidas e controladas, podem transformar-se em formas de eliminação da assimetria de informações entre produtores²⁷.

Há eficiências, por exemplo, no compartilhamento de informações que evitem uma super ou subprodução (SALOMÃO FILHO, 2003). Para evitar o conluio, o autor afirma que essas informações devem ser públicas, de forma a reduzir ou mesmo tecnicamente eliminar a incerteza e a assimetria de informações do consumidor, o que está em concordância com o posicionamento adotado pelo CADE em sua Cartilha.

Tendo visto o contexto teórico-econômico no qual as associações se encaixam, parte-se, a seguir, para a análise das estruturas concorrenciais aplicadas especificamente às associações de classe.

1.2.2.2. A estrutura concorrencial aplicada às associações de classe

Conforme disposto pelo artigo 37, inciso II, da Lei 12.529/11, as associações podem ser punidas quando forem corresponsáveis pela infração à ordem econômica. A Lei, porém, não informa o modo de aferição de tal responsabilidade, afirmando somente que “não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais)”. Tampouco a doutrina tem intensamente se debruçado pelo tema.

Frazão (2017) ressalta que ao Estado é concedida uma legitimidade punitiva discricionária pela conduta antitruste ser caracterizada pela tipicidade aberta, inexigibilidade de produção de efeitos negativos concretos no mercado e prescindibilidade de culpa psicológica

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 60.

(FRAZÃO, 2017, p. 246). Sobre o tema, a autora explicita:

Por mais que seja importante desvincular a caracterização da infração antitruste da prova de efeitos concretos, deve-se buscar critérios minimamente consistentes para evitar o arbítrio e o excesso de discricionariedade da autoridade antitruste. (...) o problema não é tão grave nas condutas por objeto, em relação às quais há grande probabilidade de danos concorrenciais. Entretanto, nas condutas por efeitos, a caracterização da infração antitruste deve ser cuidadosa e baseada não apenas em conjecturas ou ilações, mas sobretudo em possibilidades consistentes, preferencialmente robustecidas por provas ou análises econômicas, de danos concorrenciais²⁸.

Como já anteriormente ressaltado, tal necessidade é ainda mais patente na análise de casos envolvendo organizações associativas, nos quais se pode verificar uma falta de sistematização por parte do Tribunal quanto aos limites e fatores caracterizadores do ilícito antitruste.

Nesse sentido, Gico Junior (2007), ao ressaltar a desnecessidade do elemento volitivo para a configuração do ilícito anticoncorrencial, sugere os critérios de verificação de uma conduta com nexo de causalidade aos efeitos anticompetitivos gerados e sobre a qual a intervenção estatal seja benéfica para a concorrência (GICO JUNIOR, 2007, pp. 146-7). Nesse contexto, o autor menciona a Averiguação Preliminar nº 08000.020787/1996-62, na qual se discutia a alegada venda de pão francês abaixo do preço de custo por supermercados. Em seu voto pelo arquivamento dos autos, a Conselheira Lucia Helena Salgado Silveira ressalta que as associações somente podem ser consideradas como coautoras do ilícito anticoncorrencial quando colaborarem para sua consecução:

No caso em tela, não há se quer (*sic*) mercado relevante para análise, uma vez que a Representada [Associação Brasileira de Supermercados] não produz e tampouco comercializa qualquer produto, tratando-se tão somente de uma entidade representativa de classe. Qualquer discussão sobre a maior ou menor abrangência geográfica ou de produto no recorte do mercado a ser analisado seria totalmente ociosa.

²⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 274.

(...)

A legislação brasileira reconhece a responsabilidade jurídica das associações representativas de classe pelas infrações ao direito da concorrência e nesse sentido, vale lembrar que a jurisprudência firmada por este Conselho por vezes condenou associações, entidades ou sindicatos por terem influído para a conduta de seus associados, em detrimento do livre mercado e dos consumidores.

(...)

Cabe ainda observar que a mera existência de paralelismo de ações entre concorrentes, no caso entre os supermercados, não é suficiente para comprovar a prática concertada, tampouco que tal prática venha sendo orquestrada pela entidade representativa²⁹.

Seria necessário, portanto, uma atuação ativa por parte da associação para que o ilícito se configurasse, de modo que se poderia discutir em qual momento a utilização da associação como “foro de discussões ilícitas” seria uma conduta imputável à associação, e não unicamente a seus dirigentes ou empresas-membro, na condição de agentes organizadores e viabilizadores do ilícito, sob pena de consecutivas condenações desestimularem a conduta associativa prevista e protegida no diploma constitucional (artigo 5º, XVII, CF).

Poder-se-ia argumentar, nesse sentido, que a utilização da associação para fins nitidamente anticoncorrenciais, tais como a fixação de preços e o compartilhamento de informações confidenciais, por violar o intuito constitucional que lhe foi conferida, deve ser punida conforme previsto pela Lei de Defesa da Concorrência. Entretanto, o mero fato de empresas representadas em um processo administrativo serem membros de uma mesma associação não configura, por si só, um ilícito por parte da organização associativa, devendo restar comprovada sua participação na estruturação e manutenção da conduta.

Nesse sentido, o Tratado de Roma³⁰, alterado pelo Tratado de Amsterdã, em seu artigo 81, expressamente prevê o papel anticoncorrencial das associações ao incluí-las de modo não genérico na previsão legal:

1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre

²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08000.020787/1996-62. Voto da Conselheira Lucia Helena Salgado Silveira. Brasília, 23 out. 1997.

³⁰ COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma). Roma, 25 de março de 1957. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

empresas, **todas as decisões de associações de empresas** a todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em (...) – sem realces no original

O resultado de tal incerteza no Direito Brasileiro favorece e mesmo resulta no igual tratamento material entre associações e empresas realizadoras do ilícito, sendo a análise distinta unicamente em relação à aplicação das sanções pecuniárias. Tal panorama, para além de prejudicar o mercado, gera incerteza jurídica e falta de especificidade na jurisprudência do CADE. Estes aspectos são extensamente discutidos nos Relatórios da OCDE sobre o CADE, os quais serão analisados a seguir.

1.3. A visão da OCDE sobre o CADE: 2010 e 2019

A OCDE realizou três revisões por pares do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em 2005, 2010 e 2019. A análise dos dois últimos documentos demonstra a grande evolução do Direito Concorrencial nacional, bem como pontos que ainda demandam atenção e que podem auxiliar no debate acerca do tratamento dispensado às associações.

Nesse sentido, o Relatório de 2010³¹ dedicava maior atenção à necessidade de criação de um sistema de pré-notificação para atos de concentração, bem como de aprovação da nova Lei da Defesa da Concorrência, áreas nas quais o CADE obteve grande sucesso. A consequência de tal foco, porém, foi um certo esquecimento da seara comportamental, especialmente no que se refere a associações, causando o já mencionado efeito de tratamento semelhante destas e empresas.

No intuito de sanar tal obstáculo, o Relatório de 2019³² elenca diversas recomendações

³¹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. Paris, 2010. 98 p. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

³² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil. Paris, 2019. 204 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

que gerariam uma maior segurança jurídica no tratamento a ser dispensado a casos de conduta. Tais recomendações, ao serem divididas por esfera de competência, possibilitam uma maior compreensão da visão da OCDE acerca dos pontos a serem melhorados no atual funcionamento do CADE.

Na seara legislativa, a OCDE sugere a vinculação da sanção à renda auferida pela pessoa física, uma vez que a atual disposição legal, ao relacionar a multa aplicada ao indivíduo à sanção imposta à empresa da qual este fazia parte, gera multas excessivas e que provavelmente serão revertidas no Judiciário, diminuindo, assim, a eficiência do CADE. Outra recomendação é a inclusão, dentre das sanções, da proibição da atuação como administrador, penalidade esta que, na visão da OCDE, teria um efeito deterrente maior do que o risco de aprisionamento, o qual é poucas vezes levado a consecução.

Dentre as recomendações que comprazem unicamente ao CADE, quatro são aplicáveis ao tratamento dispensado às associações. Primeiramente, o Relatório é enfático quanto à necessidade de lidar com as visões díspares apresentadas pelos Conselheiros no Tribunal, tema que tem estado crescentemente em destaque devido ao estabelecimento de duas visões distintas acerca do modo de se realizar o cálculo das sanções impostas aos Representados condenados. Na visão da OCDE, a divergência não deveria ser constante, ocorrendo unicamente de modo pontual e quando sustentada por argumentos sólidos de ambos os lados.

Nesse sentido, a OCDE ressalta a necessidade de uniformização do modo de cálculo das multas, uma vez que a atual divergência somente contribui para a geração de insegurança jurídica e o aumento do risco de anulação ou redução da multa do Judiciário. Assim, o Tribunal deveria superar opiniões pessoais e ser capaz de adotar um método único e sistematizado, preferencialmente não tão complexo quanto as análises econométricas que têm sido utilizadas. Igualmente ao método de cálculo, a OCDE ressalta outras noções do Direito Concorrencial que deveriam ser melhor definidas, no intuito, novamente, de evitar a insegurança jurídica. Dentre estas, a OCDE menciona especialmente o conceito de “ramo de atividade econômica empresarial em que ocorreu a infração”, alegando que sua definição varia de acordo com o caso e a análise feita, o que não é o ideal para a criação de precedentes consolidados.

Do mesmo modo, a produção de guias voltados para aspectos materiais, e não puramente processuais como os guias atuais, é altamente recomendada pela OCDE. Percebe-se, assim, uma tendência direcionada à necessidade de maior previsibilidade na atuação do CADE, no

intuito de consolidar a posição da autarquia como autoridade na seara concorrencial e evitar as constantes decisões judiciais desconstituindo seu entendimento, o que prejudica sua respeitabilidade.

Outra recomendação reforçada pela OCDE é a necessidade de maior clareza no âmbito e utilização dos Termos de Compromisso de Conduta, os quais a OCDE julga serem usados em demasia, o que prejudica a consolidação de precedentes e a previsibilidade do Tribunal. Ademais, os altos descontos concedidos são vistos como um risco ao almejado efeito deterrente da multa.

Apesar de todas as recomendações citadas serem igualmente válidas para associações, optou-se por discutir em seguida o debate mais visível e tecnicamente desafiador, qual seja, o da definição do ilícito e do método de cálculo das sanções.

2. CONFIGURAÇÃO DO ILÍCITO E CÁLCULO DAS SANÇÕES APLICADAS: UM DEBATE AINDA INDEFINIDO

O Tribunal do CADE tem demonstrado grande divergência em relação a dois temas centrais da avaliação antitruste: os limites da configuração do ilícito e a dosimetria de sua multa. Nesse sentido, este capítulo tem o objetivo de analisar tal discussão, avaliando os benefícios de cada sistema e estimando qual posicionamento traria mais vantagens para o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

2.1. Regra da razão e regra *per se*

No exame da configuração do ilícito, o Tribunal do CADE tem consolidado sua jurisprudência no sentido de que certas condutas seriam ilícitas independentemente da análise do caso concreto – os denominados ilícitos “*per se*”. Tal abordagem tem enfrentado críticas por ser determinista e prejudicar uma análise mais detalhada do caso concreto, o qual pode apresentar peculiaridades que desconfigurem a ilicitude da conduta.

Nesse sentido, Salomão Filho (2003) ressalta que a necessidade de provas do acordo gera uma certa obsessão com a obtenção de tais evidências, causando um duplo efeito de (i) abandono de outros aspectos da análise antitruste e (ii) minimização do *standard* de prova, de modo que indícios e suposições passam a ser suficientes para subsidiar uma condenação. Especialmente no tema de associações, o autor discorre:

Observe-se, por exemplo, o que pode ocorrer caso se pretenda assumir que toda reunião entre concorrentes é uma prova (ou indício) de existência de cartel: os agentes serão punidos pelo simples fato de se reunirem. Há, em primeiro lugar, claro desrespeito ao direito constitucional de reunião – que se configura exatamente pela restrição à reunião em si, sem preocupações com seu conteúdo. De outro, não há tutela do valor protegido, que é a concorrência, e não a ausência de contato entre concorrentes.

Outro exemplo flagrante é o de associações entre concorrentes. Já está mais do que consagrada na doutrina antitruste a convicção de que associações entre concorrentes não são e não podem ser *per se* ilícitas. (...) A interferência estatal, e desrespeito ao direito constitucional de associação, configurar-se-ia através da *decisão pela ilicitude da associação* legalmente constituída (...)³³

³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 266-7.

Para o autor, portanto, a consideração da reunião entre concorrentes como um ilícito *per se* seria uma violação constitucional, interpretação esta que já foi vigente no CADE, o que é representado pelos PA nº 0058/1992, no qual é afirmado:

(...) não se pode tomar a simples filiação a uma associação como indicadora de atitude infratora da lei, pois é a própria Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XVII, que assegura a qualquer pessoa, física ou jurídica, a plena liberdade de associação para fins lícitos (...) A utilização da participação em uma associação para fins ilícitos deverá ser objeto de prova cabal e convincente (...)³⁴.

A título de exemplo, Salomão Filho (2003) menciona uma discussão de preços entre concorrentes com mínima participação no mercado, a qual, devido a seu ínfimo alcance, não ofenderia o bem jurídico “*concorrência*”, e, portanto, não seria uma prática anticoncorrencial. Entretanto, determinados acordos, a depender de sua estabilidade e conteúdo (SALOMÃO FILHO, 2003), ainda que praticados por atores irrelevantes no mercado, seriam necessariamente ilícitos. Os critérios de estabilidade e conteúdo seriam fundamentais na análise do caso concreto, e especialmente necessários quando de acordos não expressos. A título de exemplo, o autor cita que mesmo o paralelismo de preços pode advir de um cenário de intensa concorrência.

Nesse sentido, o autor afirma que, além da estabilidade e conteúdo anticoncorrencial, há requisitos estruturais que caracterizam a prática ilícitas, quais sejam, **(i)** a interdependência entre os agentes (*price leadership*); **(ii)** diferenciação de produtos (criação de nichos de mercado nos quais cada cartelista seja monopolista), ou, em sentido oposto, sua padronização; **(iii)** estabilidade das participações de mercado de cada cartelista; **(iv)** relevantes barreiras à entrada; **(v)** considerável economia de escala (SALOMÃO FILHO, 2003).

O autor salienta, porém, que as características estruturais seriam meramente um indicativo, e não caracterizam, por si só, a existência de um cartel. Do mesmo modo, um acordo entre concorrentes pode ser lícito quando visa evitar uma crise conjuntural, deter a dispersão de

³⁴ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 0058/1992. Voto do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, 15 mar. 2000. Disponível em: <http://anexos.radaroficial.com.br/e1b72b36dd59f979431ecd6a5b1f26ed.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

preços ou viabilizar descontos (os denominados “acordos sobre descontos”, justificados para impedir crises ou remediar a desigualdade entre concorrentes) (SALOMÃO FILHO, 2003).

Liefmann (1932), já no início do século XX, dividia as agregações de indivíduos em três grupos: **(i)** *Trade Federations or Technical or Professional Associations*, as quais são amplas e possuem o intuito de defender interesses comuns, sem coordenar condutas entre seus membros; **(ii)** *the industrial or trade association*, as quais estabelecem condutas colusivas e nas quais os carteis são mais propensos a ocorrerem; e **(iii)** *the business corporation or company*, a empresa, cujo objetivo é a aferição de lucro (LIEFMANN, 1932). Acerca das associações, o autor ressalta:

there is a mutual undertaking on the part of the members which goes beyond the mere furthering of common interests through the professional associations and is not restricted to action within these associations — a mutual obligation to carry out or to refrain from particular acts conducive or non-conducive to a common aim. The members may agree to surrender their liberty of action or submit to control through joint agreements. In this case we can use the term — associations.

(...)

It must here be emphasized that the cartels, which are to occupy us first, belong to the second group of economic unions, viz., the associations. They are associations of entrepreneurs, while the Trusts (...) belong to the third group and are combinations or companies of entrepreneurs. But with this the distinction between the two types of organization is not complete. One should recognize at once that all associations are not cartels and that the term is confined to entrepreneurs: it excludes the associations of workers, such as the trade unions. And yet I should like here to emphasize the fact that, in their organization and the part they play in economic life, cartels and trade unions are very similar. It is important to recognize this to-day, when the trade unions have attained to full equality with employers' associations as far as power and influence upon the national economy as a whole are concerned³⁵.

Nesse sentido, o autor afirma que cartéis são formados quando há uma “crescente

³⁵ LIEFMANN, Robert. **Cartels, Concerns and Trusts**. Ontario: Batoche Books, 2001 (1932). pp. 31-3. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4846>. Acesso em: 21 abr. 2019.

divergência entre o risco de capital e o lucro” (LIEFMANN, 1932, p. 21), o que cria um ambiente propício para condutas colusivas. O texto de Liefmann, ainda que analisado em seu contexto histórico, apresenta importantes reflexões para o moderno Direito Antitruste, chegando mesmo a se pronunciar acerca de tabelas sugestivas de preço, tema que ainda será discutido neste trabalho:

Again, associations which merely recommend their members to maintain certain prices or conditions of trading, while not legally binding them to do so (e.g., the so-called ‘Gentlemen’s Agreements’) should not be regarded as cartels — though I personally do not hold that this treatment is justifiable in the case of many of the informal associations. For instance, where an association of banks ‘recommends’ its members to charge a certain commission on the cashing of dividend coupons, this injures those depositors who submit to it, and it is not enforced against others³⁶.

O autor propõe, portanto, a utilização da regra da razão para a análise da configuração de cartéis, ao analisar os *efeitos* do acordo ao invés de configurar *a priori* a prática como ilícita. Nesse sentido, passa-se a seguir ao exame do embate entre as duas vertentes, tanto na doutrina quanto no CADE.

2.1.1. Debate na Doutrina e no CADE

Frazão (2017) ressalta que ambas as regras *per se* e da razão são métodos de análise antitruste, e não dogmas associados a ilícitos específicos. Tal afirmação, porém, não tem sido inteiramente aplicada nos precedentes do CADE, uma vez que, como será visto adiante, a utilização de tabelas de preço tem sido considerada um ilícito *per se*.

A doutrinadora menciona que a primeira utilização do método da regra da razão se deu no caso *Standard Oil Co. of New Jersey vs. United States*, no intuito de “restringir a incidência do *Sherman Act*, afastando a conclusão de que qualquer prática que restringisse o comércio poderia ser considerada ilícita, como a interpretação literal do texto parecia indicar”³⁷. Entretanto, devido ao grande custo de transação associado à análise pela regra da razão, a

³⁶ *Idem*, p. 215.

³⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

doutrina *per se* ganhou relevância, a qual a autora descreve como “um agregado de presunções e atalhos probatórios em torno da ilicitude de determinada conduta³⁸”.

A regra *per se*, desse modo, é favorável à autoridade antitruste e desfavorável aos Representados, aos quais não é aceito provar a existência, porém licitude, da conduta. Obviamente, a presunção da regra *per se* é relativa e tecnicamente admitiria prova em contrário, entretanto, os precedentes do CADE não têm demonstrado essa possibilidade. Por outro lado, a análise pela regra da razão demanda tempo e altos custos, possuindo elevado *standard* probatório, o que contribui para a prescrição e arquivamento dos processos.

A autora ressalta, porém, que ilícitos por objeto, tais como cartéis, admitiriam a regra *per se*, enquanto ilícitos por efeitos, exemplificados pelas condutas unilaterais (para a doutrinadora, com exceção de tabelas de preço), demandariam a análise pela regra da razão³⁹. A autora, nesse sentido, cita importante precedente do PA nº 08012.006923/2002-18, no qual o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo assim se posicionou acerca das tabelas de preços:

Como já mencionei em outro precedente, esse regime de presunções, *standards* e distribuição de ônus probatórios configura, na verdade, a própria forma específica de incidência da regra da razão no caso da conduta prevista no inciso II do artigo 21 (...) Ademais, a sugestão de *standards* e outras práticas de uniformização distintas de preços, quantidades e mercados, por parte de associações, também poderá, em muitos casos, sujeitar-se a regime distinto, especialmente na medida em que tais objetivos estejam, como frequentemente estão, ligados a outros objetivos lícitos distintos da uniformização de preços, devendo portanto, ser analisados por seus efeitos e não por seu objeto. Essas condutas específicas devem, ademais, ser analisadas à luz de seus potenciais efeitos exclusionários, o que configura um quadro de análise distinto daquele aqui proposto. Finalmente, também não se deve querer aplicar o regime de presunções aqui proposto a ações de divulgação de informações históricas e agregadas sobre preços médios passados praticados no mercado, na medida em que essa conduta seja organizada com base em metodologia demonstrável e que os preços sejam divulgados com razoável atraso em relação ao tempo em que foram historicamente foram praticados. Há, evidentemente, uma enorme diferença entre a divulgação desses preços históricos e a elaboração de tabelas com preços "justos", "desejáveis" ou de

³⁸ *Idem*, p. 291.

³⁹ *Idem*, pp. 292-3.

"orientação", como também há uma enorme diferença entre estas e a simples divulgação de preços médios de commodities negociadas em bolsa⁴⁰.

Pode-se sugerir, portanto, que as condutas imputadas às associações sejam sempre analisadas pela regra da razão, ao se considerar que sua atividade inerentemente envolve o contato entre concorrentes, o que, caso examinado pela regra *per se*, resultaria em algo próximo de uma atividade ilícita por completo e em si. Do mesmo modo, dados históricos, divulgados a título de informação para o mercado ou para o governo, devem necessariamente ser analisados pela regra da razão, sob pena de restringir quase inteiramente a atuação do órgão associativo. Em seu voto, o Conselheiro ainda se refere a hipóteses nas quais a utilização das tabelas seria lícita:

Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de "infração *per se*", até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção *iuris et de jure* de ilegalidade. Ao revés, essa presunção poderá ser afastada pela Representada, em princípio, em ao menos duas situações: (i) caso ela consiga demonstrar, à vista das circunstâncias concretas e por sua própria conta, que a sugestão de preços foi concretamente auxiliar, acessória e estritamente proporcional a outro objeto lícito e razoável distinto do próprio alinhamento de preços, não se configurando em concreto, por isso, como uma conduta ilícita pelo próprio objeto, caso em que sua ilegalidade dependerá da análise de efeitos (isso pode ocorrer, v.g., em certas raras hipóteses em que a conduta sirva para compensar eventual poder de oligopsônio a jusante em mercados extremamente pulverizados a montante, desde que a isso se agreguem outras circunstâncias igualmente excepcionais), ou (ii) que, independentemente da ilicitude pelo próprio objeto, incidem no caso eficiências do tipo especificamente disciplinado pelos artigos 54 da Lei n. 8.884/94 e 88, § 6º, da Lei n. 12.529/2011, sendo ônus específico de quem alega esse tipo de defesa prová-la⁴¹.

⁴⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, 20 fev. 2013. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-IPH5asncAigN9vW42kqd9lheMLFYEhiCUG5Mpxx3oFyvsMsNechFgorOGpk4dnCdNdHwz0HW43PFCW a7v_bwT. Acesso em: 21 abr. 2019.

⁴¹ *Idem*

Tem-se, nesse caso, discussão extremamente relevante acerca dos efeitos compensatórios da conduta, os quais são tratados pela autora como a criação de um monopólio capaz de fazer frente a outro monopólio (“monopólio bilateral”) no lado oposto da cadeia (FRAZÃO, 2017). Nesse sentido, a autora menciona que os mercados com maior contra força (por exemplo, sindicatos) são os que originalmente possuíam indústrias de grande poderio, tais como a metalurgia e a siderurgia (FRAZÃO, 2017). A autora ainda ressalta que a existência de poder compensatório se constitui como critério de análise das operações no Guia de Cooperação Horizontal da União Europeia, desde que este poder seja anterior e não criado unicamente pela transação em questão (FRAZÃO, 2017). Especificamente no tema de associações, a autora afirma⁴²:

A ação coordenada poderá decorrer da formação de associações, cooperativas, sindicatos ou por meio de fusões, sempre com o objetivo de fazer frente ao poder de um ofertante ou comprador. Nesse caso, tem-se que o poder compensatório é exercido para criar uma estrutura que possa se contrapor minimamente ao poder econômico detido pela outra parte da negociação. A ideia é empoderar o contratante mais fraco, a fim de lhe conferir maior poder de barganha e, conseqüentemente, tornar a negociação menos desigual.

Nesse sentido, a autora ressalta que o CADE, apesar de esparsamente utiliza-se do conceito, o limita a análise de Atos de Concentração, enquanto “nos casos de conduta, a criação de poder compensatório vem sendo entendida como a formação de um cartel, mesmo não havendo justificativa econômica para a diferença de tratamento” (FRAZÃO, 2017, p. 365). A autora alerta para o risco que tal tratamento representa, uma vez que o efeito pretendido, a defesa da concorrência, pode ter o resultado oposto, garantindo-se proteção ao lado mais forte da cadeia.

No âmbito do poder compensatório, a autora traz discussão relevante acerca do uso de tabelas sugestivas de preço, especialmente no mercado de saúde suplementar, tema que já foi abordado neste trabalho. Nesse sentido, a autora ressalta que recentes mudanças regulatórias no

⁴² FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 364.

mercado geraram certo desequilíbrio entre a classe médica e as Operadoras de Planos de Saúde (OPSs), o que motivou o surgimento de mecanismos de contraposição tais como tabelas sugestivas de preço ou de preço mínimo, além do crescimento do número de associações médicas (FRAZÃO, 2017).

Ressalte-se, porém, que o CADE raramente tem adotado esse argumento, por receio que a elevação de preços reflita no consumidor. Assim, a autarquia tem se limitado a se manifestar unicamente para expressar que o poder compensatório entre monopólio e monopsonio deve ser aceito em condições ‘excepcionais’, determinando que “apesar da assimetria no mercado, a melhor solução seria coibir condutas de coordenação pelas operadoras e reforçar a cautela na análise de atos de concentração entre operadoras de planos de saúde” (FRAZÃO, 2017, p. 368). A autora, porém, expressamente aduz pelo não cumprimento de referida proposta e a geração de grande poder às OPSs, que têm imposto livremente suas próprias tabelas aos médicos:

(...) duas alternativas: a reestruturação do mercado e a regulação de preços. A primeira solução não é razoável, pois poderia resultar em uma ineficiência produtiva nas hipóteses em que o monopsonio foi alcançado naturalmente. Já a regulação dos preços obrigaria a autoridade antitruste a afastar-se do seu papel tradicional. Ao eliminar a possibilidade de lucros supracompetitivos, a regulação acabaria por afastar também os incentivos para que novos agentes entrem no mercado. Ademais, o que o Direito da Concorrência proíbe é o exercício abusivo do poder de mercado e nem sempre o uso desse poder para influenciar o preço será abusivo.

Diante de todas as dificuldades mencionadas, o poder compensatório torna-se a alternativa mais realista – quando não a única alternativa viável – para compor os conflitos entre médicos e OPSs⁴³ (...)

A complementar seu argumento, Frazão traz estudos de Furquim e Almeida que demonstram que a criação de poder compensatório, em análise empírica, não se reflete em aumento de custos ao consumidor, pelo contrário (FRAZÃO, 2017). Como resultados negativos do poder de monopsonio das OPSs, a autora cita a migração de bons profissionais unicamente para o atendimento particular e o aumento do custo dos planos de saúde, uma vez que as OPSs

⁴³ *Idem*, p. 370

arcariam com um maior custo de transação ao negociar individualmente com cada médico (FRAZÃO, 2017).

A autora traz, ainda, uma análise jurídica do tema ao afirmar que “a nítida assimetria de poder existente entre prestadores e operadoras indica que determinadas formas de utilização do poder compensatório – seja pela criação de organizações coletivas, seja pela implementação de tabela de honorários médicos em determinadas circunstâncias – podem configurar, na verdade, o exercício regular de um direito” (FRAZÃO, 2017, p. 377). Tal direito se constituiria em uma forma de contraposição ao poder dominante – o qual não necessariamente se apresenta como um monopólio ou oligopólio –, evitando, assim, seu abuso (FRAZÃO, 2017). Nesse sentido, a autora sugere três critérios para análise da licitude da conduta: “(i) forte assimetria de negociação *ex ante* em desfavor daqueles que buscam se coordenar; (ii) barganha bilateral; e (iii) a impossibilidade de que o poder compensatório inverta a relação de assimetria” (FRAZÃO, 2017, p. 378).

A autora alerta, porém, que ambas a utilização de tabelas sugestivas de preço e a organização dos médicos em associações e cooperativas configuram formas de contraposição à assimetria. Desse modo, a junção de ambos os mecanismos – tabelas e organizações – pode se configurar como um ilícito, pelo risco de inverter a assimetria ao invés de equilibrá-la.

A Lei 13.003/2014, nesse sentido, foi uma evolução no tratamento da matéria, prevendo reajuste obrigatório dos contratos com as OPSs – estes, sempre na modalidade de adesão –, mas ainda peca em eficiência prática.

Importante reflexão trazida pela autora é a possibilidade da licitude dos boicotes e descredenciamento organizado, constantemente condenados pelo CADE, uma vez que estes se configurariam como exercício legítimo do poder compensatório frente às OPSs, desde que fundados na boa-fé objetiva e condicionados à análise do caso concreto. O que se busca é evitar que o bem-estar do consumidor seja tido como responsabilidade exclusiva dos médicos, que igualmente possuem direito a garantir seus direitos a uma remuneração justa.

Em seguida, passa-se a analisar outro motivo de insegurança jurídica no CADE: a dosimetria das sanções aplicadas aos Representados.

2.2. Dosimetria: foco de incertezas

Ultrapassada a discussão referente à caracterização do ilícito, e condenados os Representados, chega-se a outra seara de debate: o método de cálculo da sanção pecuniária a ser aplicada. A Lei nº 12.529/11, por conter dispositivo vago quanto à metodologia, acaba por subsidiar ambas as vertentes hoje presentes no Tribunal. Apesar de um dos posicionamentos ser claramente dominante, a análise das duas visões é essencial, especialmente ao se considerar que quatro novos Conselheiros – suficiente para a formação de uma maioria – ocuparão o Tribunal em 2019.

2.2.1. Embate entre duas visões

Atualmente, dois posicionamentos acerca da metodologia do cálculo de multas se fazem presente no Tribunal. Tais posicionamentos, não necessariamente opostos, se baseiam no mesmo dispositivo de lei, qual seja, o artigo 37, incisos I a III, c/c artigo 47, inciso III, ambos da Lei nº 12.529/11, os quais se transcrevem:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

(...)

Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

(...)

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

Tais dispositivos encontram paralelos com os artigos 23, incisos I a III, e 27, inciso III, da Lei nº 8.884/94, a revogada Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Incluído pela Lei nº 9.069, de 29.6.95)

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

(...)

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração: (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011).

(...)

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

Até recentemente, as sanções pecuniárias eram calculadas conforme a literalidade da lei, ou seja, a partir dos percentuais sobre o faturamento da empresa, ou, caso este não se aplicasse, a partir da faixa de valores prevista em ambas as Leis. O valor deveria, ainda, ser medido conforme os critérios previstos nos artigos 47 e 27.

Entretanto, com a entrada de dois novos Conselheiros na autarquia em 2015, Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt e João Paulo de Resende, ambos economistas, uma nova interpretação dos dispositivos acima passou a ser verificada nos votos proferidos no Tribunal. Em suma, a expressão “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação” levou à vertente de que, quando a vantagem fosse auferível, a multa seria nela baseada e poderia ser superior tanto ao critério de 20% do faturamento bruto da empresa quanto à faixa de valores prevista para quando este não se aplicasse.

Entretanto, a vertente ‘tradicional’ alega que tal extrapolação seria ilegal, por contrariar os percentuais especificamente previstos nos incisos dos artigos 37 e 23, das Leis nºs 12.529/11 e 8.884/94, respectivamente.

Ressalte-se, porém, que a OCDE, em seu recente Relatório acerca do SBDC, critica a falta de uniformização no método de cálculo de multas, e sugere uma metodologia baseada na prática internacional e distinta de ambas as aplicadas atualmente: “either take into account the turnover of the infringing company during the whole period of the infringement as the basis of the penalty; or take into account the turnover of the infringing company in a given year, and multiply by the number of years the infringement lasted⁴⁴”.

Apesar da sugestão, a aplicação de tais metodologias não parece ser viável em um futuro próximo, diante da necessidade de alteração legislativa. A seguir, portanto, serão analisados os principais argumentos apresentados por cada uma das vertentes atualmente presentes no Tribunal, bem como a discussão de sua aplicação ao cálculo de multas a associações.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil. Paris, 2019. p. 171. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

2.2.1.1. A vertente dominante no Tribunal

A vertente atualmente majoritária – e anteriormente unânime – se constrói sobre a literalidade dos dispositivos de ambas as Leis de Defesa da Concorrência, se restringindo aos percentuais nelas previstos como critérios de sanção. Um dos principais argumentos dessa corrente é o grande custo de transação necessário para se auferir a vantagem auferida, o que exige estudos econométricos diversos, prolongando a duração do processo e ocupando o capital humano disponível no CADE. Ademais, cálculos complexos tendem a ser mais facilmente questionados, especialmente no Judiciário, que pode facilmente desconstituir uma decisão da autarquia. Ilustrando esse argumento, tem-se o ex-presidente do Tribunal do CADE, Vinícius Marques de Carvalho⁴⁵:

Como auferir, por exemplo, o impacto do sobrepreço decorrente de cartel internacional no mercado de borracha? Caso a produção seja apenas internacional e o Brasil obtenha a borracha apenas por meio de importações – o que já é uma simplificação da realidade – não se poderia utilizar simplesmente o montante total de produto importado e seu respectivo valor. Isso porque a borracha é utilizada como insumo de diversos produtos, que devem ser indiretamente considerados na análise, por também resultarem em sobrepreço.

A maneira simplificada de se quantificar o ganho ilícito decorrente do cartel é multiplicar o aumento do preço resultante do acordo cartelizante pelo montante da receita, em unidades, sujeita ao acordo. Ocorre que, para a quantificação da margem de lucro lícita, é necessária a determinação do preço hipoteticamente competitivo, para ser comparado com o efetivamente cobrado e, assim, se obter o *overcharge*. Para tanto, pode-se fazer uma previsão de qual seria o preço de mercado ou utilizar um marco de preço (*benchmark price*), determinado a partir de do exame de um ou mais mercados comparáveis àquele afetado pela colusão. Ambas as simplificações podem resultar em erro de cálculo (...)

Na extensa apuração feita por Pereira Neto e Casagrande (2016), a qual compraz 48 casos de cartel, alguns desses arquivados, e se estende de 1999 a 2014, somente um caso – o

⁴⁵ CARVALHO, Vinícius Marques de. **Defesa da Concorrência**: estudos e votos. São Paulo: Singular, 2015, p. 85.

PA nº 08012.004036/2001-24 – se utiliza do critério da vantagem auferida. É evidente, portanto, a dominância da doutrina tradicional, a qual somente passou a ser questionada a partir de 2015.

Em dois votos paradigmas, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira demonstra as principais críticas da teoria tradicional à vertente da vantagem auferida. O primeiro deles foi proferido no PA nº 08012.005882/2008-38⁴⁶ (“cartel do sal marinho”), no qual o voto do Conselheiro sagrou-se vencedor quanto às multas aplicadas aos Representados condenados.

O Conselheiro sumariza sua crítica em três aspectos principais: **(i)** incompatibilidade jurídica da vertente da vantagem auferida com o SBDC; **(ii)** não prevalência da vertente no Direito Comparado; e **(iii)** falta de recursos materiais e humanos no SBDC para implementação da vertente (aspecto prático).

Em relação aos **(i)** aspectos jurídicos, o Conselheiro defende que a vertente da vantagem auferida tende a considerar esta como o único critério – ou, ao menos, o mais importante – no momento de realização da dosimetria da sanção, o que tende a violar o princípio de individualização da pena, uma vez que desconsidera as agravantes e atenuantes expressamente previstas na Lei nº 12.529/11. Quando tais critérios são efetivamente considerados, o valor da multa pode vir a ser inferior à vantagem auferida, o que deslegitima a utilidade da teoria.

Quanto à análise do Direito Comparado, o Conselheiro menciona afirmação constantemente feita pelos defensores da vantagem auferida no sentido de que as melhores jurisdições concorrenciais do mundo se utilizariam da teoria, citando, para tanto, a Directorate-General for Competition da Comissão Europeia, o Office of Fair Trade (OFT), atual Competition and Markets Authority (CMA) do Reino Unido, o Departamento de Justiça dos EUA (DoJ), o Bundeskartellamt e a Autorité de la concurrence da França.

O Conselheiro traz três argumentos para combater essa afirmação: **(i)** por mais que a vantagem auferida seja utilizada como critério em diversas jurisdições, não somente nas acima

⁴⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 23 maio 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOkD0Bdwg95zEqoBhfw1mAUOVfdBN8CrI7EnJcCRapehm34D9QxguRGa84RV9-5djse6j8N0jjgSTUQ9xhbt0_t. Acesso em: 3 maio 2019.

citadas, este não é o critério central ou determinante para aferir o montante da multa; **(ii)** a dosimetria de pena é um tema sensível que deve seguir diversos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a legalidade e a interpretação restritiva em favor dos administrados, de modo que o empréstimo de precedentes internacionais deve ser feito com a máxima cautela; **(iii)** o CADE, diferentemente das agências citadas, não possui o capital humano ou financeiro suficiente para realizar estudos econométricos específicos a cada caso de conduta anticompetitiva, argumento este que é semelhante ao terceiro ponto de crítica do Conselheiro, assim sintetizado:

A adoção da vantagem auferida como elemento central implica elevados custos à Administração Pública. Esses custos podem ocorrer de diversas formas, dentre elas: (i) pela complexidade do seu cálculo, a depender do método utilizado para tal cálculo; (ii) pelo volume e detalhamento das informações necessárias, mesmo quando do uso de métodos mais simples de cálculo; (iii) pela dificuldade de manter consistência nas individualizações em casos concretos, por vezes associados à dificuldade de ter acesso a informações-chaves; e (iv) pelo aumento da insegurança jurídica das decisões de condenação do CADE frente ao Poder Judiciário, o que eleva os custos relacionados à defesa judicial.

O Conselheiro ainda menciona a dificuldade de mensuração da duração da conduta, conceito central para a análise da vantagem auferida e sem o qual a mensuração por essa vertente pode restar prejudicada.

O segundo voto paradigma, proferido no PA nº 08012.007155/2008-13, se refere especificamente à impossibilidade de aplicação da análise da vantagem auferida às associações. Segundo o Conselheiro, tais entidades recaem especificamente sob os incisos III e II, dos artigos 23 e 37, respectivamente, das Leis nºs 8.884/94 e 12.529/11, os quais não trazem a mesma previsão de seus incisos I, qual seja, a ressalva de que a penalidade seria calculada de acordo com o percentual previsto desde que este não fosse inferior à vantagem auferida pela conduta anticompetitiva. Tal distinção seria intencional e planejada pelo Legislador, uma vez que associações, em regra, não auferem lucro ou exercem atividade empresarial, sendo “no mínimo controverso o entendimento de que a vantagem auferida pelas empresas que integram uma

associação equivaleria a um ganho patrimonial indevido da própria associação⁴⁷”. Em razão de sua personalidade jurídica autônoma, defende o Conselheiro, não seria possível calcular a pena pecuniária da associação tendo por base o faturamento de seus membros – o que geraria uma dupla punição para as empresas associadas –, mas, pelo contrário, o cálculo deve ser feito tendo por base seu próprio faturamento, ou, caso esse não se aplique, pela faixa de valores prevista no inciso específico.

O Conselheiro ainda combate o argumento de que a vantagem auferida estaria expressamente prevista como critério de dosimetria da pena nos artigos 27, inciso III, e 45, inciso III, das Leis n^{os} 8.884/94 e 12.529/11, respectivamente:

(...) a interpretação que equipara o montante da multa ao valor da vantagem auferida estimada seria juridicamente impossível. Isso porque o art. 27 da antiga Lei do CADE [análogo ao artigo 45 da Lei atual] é composto por 8 (oito) incisos, cada um deles consignando um elemento normativo que deve informar a dosimetria das sanções pecuniárias.

Considerando esse contexto normativo, fixar a multa a partir simplesmente da vantagem auferida (previsto no inciso III desse dispositivo) equivaleria a declarar “letra-morta” os demais incisos do art. 27, que estabelecem os elementos de dosimetria para aplicação de penas pelo CADE. Ainda (...) ressaltei que a decisão institucional de se utilizar a vantagem auferida como critério único de definição das multas deveria ser racionalizada sob o aspecto gerencial, considerando os elevados custos à Administração Pública que tal metodologia congrega⁴⁸.

Verifica-se, portanto, que o método da vantagem auferida não é inteiramente compatível com as Leis de Defesa da Concorrência quando analisadas em seu conjunto, o que, de acordo com a interpretação sistemática e lógica, vertentes da Hermenêutica, é parte essencial da análise jurídica. Ademais, sob uma ótica prática, o método é evidentemente mais custoso à Administração e pode inviabilizar a análise de mais casos ou seu julgamento em menor tempo.

⁴⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n^o 08012.007155/2008-13. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 15 dez. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOYgmzJx6GgRt3k7gXRfRH7Ov-K34ZWYtn2JTV_75EzI8-K_tUdhHUq8dT9nGCZM0Gb7UICiULLZXQpxUdzZR2W. Acesso em: 1^o maio 2019.

⁴⁸ *Idem*

O Conselheiro ainda aponta alguns pressupostos inconsistentes constantes do Voto da Conselheira-Relatora, que havia realizado a dosimetria das sanções conforme a vantagem auferida pelo cartel. Tais incoerências, ressalte-se, são prejudiciais não somente à credibilidade do Tribunal como um todo, que pode ter suas decisões facilmente revertidas no Judiciário, mas também à própria teoria da vantagem auferida como um todo, que se revela essencialmente variável a depender dos dados utilizados e da fórmula econométrica aplicada, o que não contribui para a almejada segurança jurídica:

Assim, adota-se como premissa estruturante da metodologia a ideia de que há uma equivalência imediata entre essa perda de receita dos atacadistas que deixaram a associação e o crescimento do faturamento dos atacadistas que nela permaneceram. Embora essa seja correlação seja possível, não há como afirmar de forma categórica que há um nexo de causalidade estrito entre o acréscimo patrimonial das empresas associadas e a perda de receita presumida das demais, sendo essa uma primeira possível fragilidade do cálculo.

Além disso, presumiu-se que a perda de faturamento da FITI em um ano específico teria se repetido em todos os anos da conduta e de forma equânime para todos os 6 (seis) outros atacadistas que deixaram a ACECOMVI. Ainda que tenha sido utilizado um fator de correção, tal hipótese também se afigura questionável, uma vez que não há dados nos autos que sequer indiquem que os atacadistas não associados possuem participação de mercado próxima.

A metodologia considerou ainda que o resultado das perdas das entidades não associadas no período da conduta seria equivalente ao faturamento “extra” das entidades associadas. Considerando que a vantagem auferida corresponde ao lucro e não ao faturamento, o voto-relator fez uma presunção de que a margem do lucro dos beneficiados pela prática anticompetitiva seria de 10% (dez por cento). (...) Não há, porém, qualquer dado oficial ou extraoficial que subsidie essa hipótese, o que a torna meramente especulativa. Inexistem nos autos documentos que comprovem que a margem de lucro dos atacadistas associados teria ao menos chegado perto desse patamar⁴⁹.

O Conselheiro conclui seu posicionamento alegando que, uma vez que os membros da associação não constavam todos dos autos do processo administrativo, seria indevido e

⁴⁹ *Idem*

configuraria um desrespeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório utilizar-se do faturamento destas para calcular eventual vantagem auferida pela associação.

2.2.1.2. A vertente da vantagem auferida

Os defensores da vertente da vantagem auferida, por outro lado, alegam que a teoria dominante no Tribunal seria responsável pela imposição de multas excessivamente baixas, o que **(i)** diminuiria o efeito dissuasivo pretendido pelo CADE, gerando um incentivo à cartelização; **(ii)** estabeleceria um elevado nível de insegurança jurídica, uma vez que o valor das multas impostas aos Representados em um mesmo caso e com condutas semelhantes pode variar enormemente; e **(iii)** devido a referida insegurança jurídica, prejudicaria enormemente a política de Termos de Compromisso de Conduta (“TCC”) ao não estabelecer regras claras pré-estabelecidas.

Nesse sentido, a ex-Conselheira Cristiane Alkmin Schmidt, em defesa da vertente por ela capitaneada juntamente com o Conselheiro João Paulo de Resende, elenca⁵⁰ sete argumentos para combater as críticas do Conselheiro Burnier à vertente da vantagem auferida em seu voto no PA nº 08012.005882/2008-38, acima mencionado.

A ex-Conselheira, portanto, afirma **(i)** a legalidade da vertente, uma vez que o artigo 37 da Lei nº 12.529/11 expressamente a prevê. Dessa forma, a correta leitura do dispositivo apontaria na direção de que o parâmetro de 20% somente seja válido quando a vantagem auferida “não puder ser estimada⁵¹”, caso contrário, a vantagem tornar-se-ia o patamar mínimo da sanção a ser imposta. Em relação à **(ii)** possibilidade de se utilizar a tese da vantagem auferida para auferir a multa a ser aplicada a sindicatos e associações, a Conselheira assim se pronuncia⁵²:

⁵⁰ SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. O dia da Vantagem Marmota Auferida: Dúvidas, conceitos incorretos e interpretações equivocadas. **Jota**. 12 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/o-dia-da-vantagem-marmota-auferida-12072018>>. Acesso em: 1 maio 2019.

⁵¹ *Idem*

⁵² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006721/2016-13. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Schmidt, 21 jun. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV

A segunda reflexão concerne às multas aplicadas a associações e sindicatos (parágrafo 58), cuja base está descrita no inciso II do artigo 37, que explicita somente os limites mínimo e máximo (de R\$50 mil e R\$2 bilhões – ou o equivalente a Lei 8884/94, de 6 mil a 6 milhões de UFIRs), não havendo indicação de que se deva usar (ou não se deva usar) uma determinada metodologia. Desta forma, inexistente fundamento normativo para criticar o uso de alguma metodologia específica (como o da vantagem auferida) para encontrar um valor entre ditos extremos. De fato, este valor tem sido fundamentado de maneira aleatória, o que, pelo inciso II, é legalmente permitido, ainda que possa ser inapropriado. Além disso, o argumento da dupla contagem (parágrafo 61) não procede. Não é porque uma associação tem associados que estão no polo passivo do PA que se possa dizer que haja dupla contagem ao multar uma associação e os seus Representados. Se tal argumento procedesse, então, independentemente da forma de estimação (se por vantagem auferida ou não), esta “suposta dupla contagem” ocorreria sempre. Ou seja, se uma multa final deriva dos parâmetros exógenos do artigo 37 ou de modelo econométrico não importa. De fato, se a interpretação do Conselheiro Burnier estiver correta, então o Cade está equivocado há pelo menos 20 anos em sancionar associações e/ou sindicato e concomitantemente os seus afiliados. Não parece ser o caso, pois.

Quanto à (iii) definição de vantagem auferida, a ex-Conselheira esclarece ser este “um conceito e não uma técnica ou método⁵³”, não necessariamente incompatível com o cálculo por meio de percentuais do faturamento do Representado, uma vez que ambos são parte de momentos distintos da dosimetria de pena, quais sejam, conceito e metodologia, de modo que a adoção da noção de vantagem auferida não indica o desrespeito aos parâmetros previstos na Lei nº 12.529/11.

Em relação à (iv) alegação de que as jurisdições estrangeiras teriam mais capital humano e financeiro, a ex-Conselheira classifica o argumento como “inadmissível”, afirmando que tal panorama nunca constituiu um empecilho para as instituições brasileiras. Ademais, Schmidt afirma que os cálculos da vantagem auferida pelos Representados durante a conduta anticompetitiva não seriam morosos e de elevada complexidade, ao contrário do afirmado pelo

-MRKzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA-QMsxGrldZ3pR3BixKRN5NjjHjXwLCzBXF22AYRs83A. Acesso em: 3 maio 2019.

⁵³ *Idem*

Conselheiro Burnier, e deveriam seguir (v) uma racionalidade econômica, por se encontrarem no Direito Antitruste, o qual é uma área do *Law and Economics*.

Do mesmo modo, (vi) a ex-Conselheira contesta os argumentos trazidos pelo Conselheiro Burnier de que a vertente da vantagem auferida se utilizaria da Lei nº 12.529/11 conforme seu próprio interesse. Nesse sentido, Schmidt afirma que, (a) diferentemente do afirmado pelo Conselheiro Burnier, a vantagem auferida não deve ser considerada somente no artigo 45 da Lei de Defesa da Concorrência, uma vez o termo expressamente constar do artigo 37; (b) a Lei deve ser alterada, por conter imprecisões que impedem a evolução do diálogo quanto à dosimetria das sanções. A título de exemplo, o artigo 45 seria dotado de “sobreposições práticas e conceituais que mais confundem do que ajudam a dimensionar a dosimetria⁵⁴”. Entretanto, apesar das críticas à Lei vigente, a ex-Conselheira afirma que a vertente por ela adota utiliza a Lei em sua integridade; (c) a utilização do conceito de vantagem auferida, apesar de central para a vertente defendida, não é o único critério a guiar a dosimetria da sanção, sendo o artigo 45 – em sua inteireza – igualmente utilizado; (d) o guia de TCC não deve ser utilizado como parâmetro para cálculo da sanção, uma vez versar sobre contribuições pecuniárias, as quais possuem natureza essencialmente diversa. Ressalte-se, assim, a necessidade de existência de um Guia de Sanções do CADE; e (e) ao contrário do argumentado pelo Conselheiro Burnier, a teoria da vantagem auferida não teria sofrido melhoramentos em razão das críticas realizadas, e se mantém íntegra em sua doutrina.

Igualmente, (vii) a ex-Conselheira critica os percentuais de multa impostos pelo Conselheiro Burnier no referido PA nº 08012.005882/2008-38, afirmando serem estes “aleatórios e casuísticos”, o que seria possibilitado pela inexistência de um Guia de Sanções do CADE.

Apesar de seu voto não ter prevalecido quanto à dosimetria das sanções, julga-se importante analisar os argumentos que levaram o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende a condenar as associações de classe constantes do PA nº 08012.005882/2008-38 segundo o conceito da vantagem auferida. O Conselheiro, nesse sentido, argumenta que as associações

⁵⁴ *Idem*

nunca se encaixarão na ressalva do “valor do faturamento bruto” previsto na Lei, uma vez não possuírem faturamento (artigo 53 do Código Civil), mas somente contribuições:

Nesse contexto, não me parece razoável a prática, por vezes adotada por este Tribunal, ainda que não se possa falar em jurisprudência consolidada, de equiparar as receitas que ingressam em associações a faturamento e, assim, aplicar uma multa que obedeça ao intervalo de 0,1% a 20% do faturamento bruto no ramo de atividade no ano anterior à instauração do PA. (...) As receitas percebidas pelas associações são oriundas de contribuições/taxas pagas por seus membros, contribuições estas cujo valor é determinado pelas próprias associadas. Os valores arrecadados pelas associações de seus associados não se apresentam como uma medida precisa da capacidade econômica das associações, nem tem qualquer relação com o real impacto no mercado da conduta anticompetitiva, sendo antes mero reflexo de custos administrativos a serem custeados pelos associados. Além disso, o uso deste parâmetro gera uma outra preocupação, qual seja, o baixíssimo caráter dissuasório da multa, não apenas com relação à associação específica que está sendo penalizada, mas no seu efeito dissuasório geral. Desse modo, entendo não ser possível qualquer paralelo entre receita de associações e faturamento para fins de multa⁵⁵.

Nesse sentido, estar-se-ia diante do risco de criação de uma “brecha” através da qual seria viável arquitetar e estruturar uma conduta anticompetitiva utilizando-se de associações de classe sem, contudo, existir sanção suficientemente dissuasória que atuasse como desincentivo ao surgimento de cartéis cada vez mais elaborados e de difícil persecução:

A lógica por trás desta previsão é que é preciso “levantar o véu” e olhar para as próprias associadas com vistas a atingir a melhor medida para multar a associação, seja para que haja uma melhor correspondência com os efeitos da conduta, seja para que tenhamos de fato uma multa com caráter dissuasório. Caso contrário, não só não estaremos combatendo a prática já disseminada no mundo todo de se utilizar de associações de classe para a prática de condutas anticompetitivas, como daremos o “caminho das pedras” para, caso a associação seja apanhada, a multa ser ínfima:

⁵⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 23 maio 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMfBPDx1J3SIY6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2. Acesso em: 3 maio 2019.

basta os próprios associados, verdadeiros beneficiados da prática anticompetitiva, fixarem um valor baixo de contribuição à associação para que a multa seja irrisória⁵⁶. Ou seja, o que estamos fazendo é permitindo que os infratores escolham qual será a sua multa.

2.3. Posicionamento recente do CADE: 2015 a 2018

a. Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71

Este processo contém voto⁵⁷ da ex-Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Schmidt capaz de elucidar práticas de associações que podem ser consideradas anticompetitivas no setor médico.

Trata-se de denúncia realizada por instituições ligadas ao segmento de planos de saúde no sentido de alegada conduta anticompetitiva perpetrada por entidades representativas de médicos no intuito de estabelecer negociações coletivas de reajuste de preços, se insurgindo contra as OPSs que discordassem dos termos propostos.

Em meio a inúmeras condutas denunciadas, as quais teriam ocorrido entre 2003 e 2005, diversas associações foram acusadas de (i) adotar a Tabela de Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) como forma de impor aos OPSs a remuneração de referidos procedimentos; e (ii) criar e impor de mecanismos de coerção/punição tanto aos associados dissidentes quanto às OPSs que não aceitassem a proposta trazida pelas associações⁵⁸.

“de forma geral, a condutas de edição de Tabela de forma não impositiva, feita por associações, sindicatos, etc., devem ser analisadas pela regra da razão, pautando-se por dois quesitos principais. Em primeiro lugar, é preciso verificar o grau de poder de mercado dos agentes em conjunto. Em segundo, é preciso analisar se há mecanismos de coerção/punição (ou também chamados de *enforcement*) para com os seus

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 9 out. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMF4ZBRYrnwJfN8JVi7NEFwRjiU1U8rXNhRnZ4QOL7wGkY4bt2sxjelw_G8jdJrm_Q3YBAk175JLuT5RIDs-QsZ. Acesso em: 21 out. 2018.

⁵⁸ *Idem*.

associados e para com aquele com quem se está negociando, havendo uma inversão no poder da barganha, deixando a parte que tinha previamente poder sem alternativa”⁵⁹.

A princípio, portanto, tabelas não impositivas não se configuram como infração à ordem econômica em si (regra *per se*), devendo ter seu caso concreto analisado. Entretanto, tabelas elaboradas de forma colusiva (por mais de um agente do mercado) tendem a invariavelmente possuir potencial anticompetitivo. Nesse sentido, a Relatora afirma:

“Dado esse potencial lesivo, é preciso destacar ao menos 3 casos: (1) quando houver ação coordenada entre concorrentes, é *per se* um *hard core cartel*, independentemente se houve *enforcement*; (2) quando houver coordenação por uma associação, sindicato ou qualquer outro tipo de entidade representativa de classe, há que verificar se houve *enforcement* para com os seus associados: (2.1) se não tiver ocorrido, há que analisar a potencialidade da conduta pela regra da razão (pois trata-se de uma Tabela de Preço de referência) e; (2.2) se tiver ocorrido mecanismo de *enforcement* (punição ou ameaça de punição), o caso deve ser compreendido como *per se*, uma vez que é retirada a liberdade do indivíduo de escolha, um princípio fundamental⁶⁰”.

O CADE, portanto, não nega a possibilidade de tabelas indicativas e negociações coletivas gerarem eficiências no mercado. O fator anticompetitivo se configura em eventual imposição de referida tabela, usualmente somada a mecanismos de coerção a agentes dissonantes do acordo.

Considerando ser a Relatora deste PA uma defensora da vertente da vantagem auferida, ponto relevante a ser ressaltado é a não utilização do conceito na dosimetria das sanções pecuniárias. De acordo com a ex-Conselheira Schmidt, optou-se por utilizar o método “tradicional” em respeito ao princípio da isonomia, uma vez que os treze TCCs firmados nos autos não seguiram a vertente da vantagem auferida para o cálculo das contribuições pecuniárias. Desse modo, a Associação Médica do Estado do Espírito Santo (AMES) foi condenada à multa de 14.847 UFIR (R\$ 15.798).

⁵⁹ *Idem.*

⁶⁰ *Idem.*

b. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31

Neste processo, associações de rádio taxi de Curitiba foram investigadas por fixação de preços e tarifas, direcionamento no atendimento a convênios, direcionamento em certames licitatórios promovidos pelo Poder Público e imposição de punições para as associações que não cumprissem os termos do acordo⁶¹. Ainda que os preços mínimos e máximos fossem regulados por Decreto Municipal, configurou-se a prática de cartel na fixação dos descontos a serem aplicados, os quais obedeciam a um patamar máximo definido pelas associações cartelistas em reunião. A Conselheira ressalta, ainda, que “em se tratando da apuração de possível cartel, cumpre verificar o conjunto probatório que confirme a ocorrência da conduta, sem necessidade de aferição dos efeitos líquidos decorrentes da prática, tampouco da definição de poder de mercado e mercado relevante⁶²”.

A Relatora afirma não ser este um cartel ‘clássico’, cujas características são institucionalização, perenidade, estrutura organizacional, mecanismos de punição e bonificações para os membros, esforços pela ocultação e percepção da ilicitude, distribuição de projetos buscando manter as participações de mercado e esforços para dificultar a atuação ou excluir *players* não alinhados⁶³. Pela ausência de evidências da institucionalidade e perenidade, a Conselheira classificou este cartel como difuso, de caráter eventual.

Cada Associação foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 159.615,00 (cento e cinquenta e nove mil, seiscentos e quinze reais), calculada pelo método tradicional.

c. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38

Neste processo, investigou-se cartel no mercado de sal marinho atuante entre 1984 e 1999. A Associação Brasileira de Extratores de Sal (Abersal) contribuiu para a adoção de conduta comercial uniforme quanto à fixação de preços, divisão de mercado e clientes, controle

⁶¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31. Voto da Conselheira-Relatora Paula Azevedo, 10 jul. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPM6XyN2dl38UsNXeW8_zlBU2nVnp6kZAKq_2mzDWfZEfTytBBoPRISa87ZsGxTCuI-l-S5jvMrDovZF-lKahr. Acesso em: 21 out. 2018.

⁶² *Idem*.

⁶³ *Idem*.

da oferta e repasse de custos, além de funcionar como meio de organização, monitoramento e reunião do cartel. Como particularidade deste caso tem-se que a Associação tinha a cartelização do mercado como principal função, conforme se extrai de voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende⁶⁴. A associação realizava, ainda, a aplicação de sanções aos agentes que descumpriam o acordo.

Como evidências do cartel foram consideradas atas de reuniões nas quais consta a fixação de preços, uma tabela indicativa de preços mínimos, e-mails de caráter anticompetitivo, tabela indicativa de descontos, listas de presença em reuniões, entre outros documentos.

Este PA foi analisado especificamente quanto à dosimetria das sanções impostas na seção anterior. Desse modo, somente se ressalta a condenação da Abersal ao pagamento de multa no valor de 5.000.000 UFIR, calculada de acordo com método tradicional, restando vencida a dosimetria do Conselheiro-Relator.

d. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50

Neste processo, investigou-se cartel no mercado de embalagens flexíveis atuante entre 2001 e 2006. A Associação Brasileira de Embalagens Flexíveis (ABIEF) e a Associação Brasileira dos Fabricantes de Embalagens Laminadas (ABRAFLEX) foram condenadas por influenciar a adoção de conduta comercial concertada no intuito de fixação e aumento de preços, uniformização de estratégia, divisão de mercado e clientes, repasse de custos para clientes e cobrança de cilindros. Como evidências da cartelização foram consideradas anotações de reuniões, e-mails e fax de conteúdo anticompetitivo, tabelas com preços mínimos, atas de reuniões de ambas as associações e informes e circulares enviadas por estas a seus associados. A ABRAFLEX, ainda, serviu como fórum facilitador do cartel, como se extrai do voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende⁶⁵.

⁶⁴ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 28 maio de 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMfBPDx1J3SIY6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2. Acesso em: 21 out. 2018.

⁶⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 04 jul. 2018. Disponível em:

Como se vê, nem todos os documentos que demonstram a tentativa de influência por parte da Associação tem por objeto a discussão de preços diretamente, tratando, por vezes, de custos e do repasse desses custos. Contudo, mesmo que não houvesse qualquer discussão de preços, a discussão de custos e repasse de custos é suficiente para caracterizar a conduta, posto que os preços finais dos produtos são em grande parte compostos precisamente por esses custos, de modo que fazer um cálculo único de custos e sugerir o repasse destes valores específicos aos clientes ou sugerir determinados elementos que devam compor o preço, ao fim e ao cabo, é uma sugestão de uniformização de preços, sendo portanto, conduta igualmente punível em razão de seu caráter anticompetitivo⁶⁶.

O trecho acima revela que o CADE tende a analisar o conjunto probatório de forma sistemática, de modo que documentos a princípio não incriminadores podem ser fundamentais na criação de um quadro geral que revele uma conduta anticompetitiva. Assim, a ausência de discussões explícitas acerca de preços e divisão de mercado não é suficiente para descaracterizar o caráter anticompetitivo da conduta, principalmente ao se considerar a crescente sofisticação dos estudos em concorrência que já demonstram a existência de diferentes tipos e níveis de cartéis.

Ambas as associações foram condenadas ao pagamento individual de multas no valor de R\$ 2.660.250,00 (dois milhões, seiscentos e sessenta mil, duzentos e cinquenta reais), calculadas pelo método tradicional, restando vencido o Conselheiro-Relator.

e. Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13

Neste processo, investigou-se conduta anticompetitiva perpetrada pela Associação dos Centros Comerciais Atacadistas de Santa Catarina (ACECOMVI) e seu presidente, no intuito de criar barreiras ao “funcionamento e desenvolvimento de empresas concorrentes no mercado de comércio atacadista de têxteis na região do Vale do Itajaí, em Santa Catarina”⁶⁷, entre 2007

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMyjrqxYZFcxobjy5RcHC7b0z0FuLU8xcd6n7vu1T-4fyKAH4SqG3BAE8_tiQdPm6XAaB6Lowx45M4MU6u-d2Ou. Acesso em: 21 out. 2018.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 15 dez. 2017. Disponível

e 2010.

A conduta, que não se classifica como cartel, consistia em impedir a visita de guias de turismo de compras aos centros comerciais não associados, bem como ameaça de descredenciamento a tais empresas caso descumprissem o acordo e atraso ou não pagamento das comissões devidas aos guias⁶⁸. A Associação contava com grande poder de mercado e, portanto, influência capaz de gerar danos à concorrência.

Como evidências de referida conduta anticompetitiva foram consideradas degravações de escutas telefônicas realizadas em ação penal, notícias em *websites*, comunicados entre a Associação e as empresas de turismo, convocação para reunião na qual ficou clara o exercício de poder de mercado para impedir a entrada de novo membro, declarações de agentes do mercado, faturamentos de empresas pré e pós adesão à associação, além de fichas cadastrais e termos de responsabilidade para cadastro de guias na Associação. Em relação a estes, a Relatora afirma:

“Este documento demonstra a estreita relação entre os Guias e a Associação, pois a Associação mantém domínio de informações relevantes acerca dos Guias. Ainda que tal relação não seja necessariamente ruim, pode facilitar que haja práticas anticompetitivas por parte da Associação, caso esta esteja mal-intencionada – como foi o caso. Isto quer dizer que, conquanto este elemento por si só não explicita um ilícito, ao juntá-lo com os demais 17, pode-se observar o mal-uso destas informações, no tocante à livre concorrência⁶⁹”.

A ACECOMVI foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 148.974,00 (cento e quarenta e oito mil e novecentos e setenta e quatro reais), além de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) caso a Associação não comunique o teor da decisão aos seus associados em 30 (trinta) dias. O cálculo da multa foi realizado através do método tradicional, restando vencida a Conselheira-Relatora.

em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMIkDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfE2HTGOTV. Acesso em: 21 out. 2018.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

f. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90

Neste processo investigou-se cartel em licitações para execução de obras públicas no Paraná em 2004. A Associação Paranaense de Empresários de Obras Públicas (APEOP) e seus dirigentes foram condenados por induzir seus associados a adotarem conduta coordenada em processos licitatórios, fraudando o caráter competitivo dos certames ao dividir mercado e estabelecer ‘rodízio’ de ganhadores através do sistema de ‘sorteio’ ou ‘fila’. Nesse sentido, o voto do ex-Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo afirma:

“O próprio estatuto da associação institucionaliza a ingerência da entidade de classe na formação de preços do mercado e na condução de políticas comerciais de filiadas. A APEOP era coordenadora das decisões e acabou sendo o foro de transparência de mercado entre as empresas do setor⁷⁰”.

Os dirigentes da APEOP foram condenados por atuarem como *longa manus* da associação, detendo poder decisivo e monitorando o cumprimento do acordo.

Como evidências da cartelização foram considerados documentos contábeis da associação, gravações de fitas cassetes de reuniões, gravações de escutas telefônicas e depoimentos constantes de ação penal referente ao caso. Ressalta-se que neste processo algumas das empresas representadas tiveram seus processos arquivados por falta de provas, o que de forma alguma afetou a condenação da associação. Tem-se, assim, ser possível que uma associação seja condenada ainda que as empresas envolvidas não o sejam⁷¹.

A APEOP foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 210.171,57 (duzentos e dez mil, cento e setenta e um reais e cinquenta e sete centavos), valor este calculado por meio do método tradicional.

⁷⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 08 jun. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNVH_MjXl4JAYzzSKja-1zsO6hBYvt59jse-kh6KUF3_4ibhL0w-tsTSw_pRnnA0r1-8pg5Zi3DEjrW-54POD37. Acesso em: 22 out. 2018.

⁷¹ *Idem*.

g. Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97

Trata-se de processo relativo à prática de negociação conjunta e tabelamento impositivo de preço no mercado de serviços médico-hospitalares em Fortaleza de 2005 a 2012. A Associação dos Hospitais do Estado do Ceará (AHECE) desempenhava papel ativo nas negociações com planos de saúde, resultando em aumento de preços e alegado prejuízo para o consumidor.

A subsidiar a condenação, verificou-se a existência de e-mails e reuniões de caráter anticompetitivo, comunicado da AHECE veiculado no Diário do Nordeste relatando não ter logrado êxito nas negociações com a Unimed Fortaleza e alertando para possível descontinuação de serviços, notícia veiculada no mesmo jornal afirmando que a AHECE teria ameaçado parar atendimentos, carta da AHECE enviada à Unimed Fortaleza contendo proposta conjunta de hospitais, e comunicado conjunto da AHECE e oito hospitais informando restrição nos serviços prestados em razão dos valores pagos pela Unimed.

O Conselheiro Relator, em seu voto, afirma que “de regra, o CADE vem entendendo que negociação coletiva e tabelamento de preços é uma prática que configura infração *por objeto* contra a ordem econômica⁷²”, significando ser indiferente a intenção anticompetitiva. Nesse sentido, complementa:

“Ressalto ainda que, especificamente no que tange a tabela de preço, que é um ponto central na presente conduta, ela não se confunde com pesquisas de preços, o que indiretamente foi alegado pela AHECE. A primeira é uma análise normativa, um dever ser posto por quem a cria, enquanto que a segunda é uma análise positiva, que mostra a realidade. A primeira, quando realizada por associações, não gera eficiências. Já a segunda pode aumentar a informação no mercado, fazendo-o funcionar de forma mais adequada. Mesmo assim, as pesquisas de preços devem ser feitas com precaução para não prejudicar a concorrência, sob o risco de configurar um ilícito concorrencial⁷³”.

⁷² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97. Voto do Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, 24 abril 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPnUeJCU9qNezwS1KBVAkxxURG664Wv7W0sYmgtDcEMgeubJmlJv_bDIBB4d_KafpY1pFeMNUud6R11a71-nlHA. Acesso em: 22 out. 2018.

⁷³ *Idem*.

Percebe-se, assim, uma tendência à adoção de postura rígida em relação a tabelas de preço, ainda que indicativas, em razão do potencial anticoncorrencial ao possivelmente serem adotadas pelos membros da associação, proporcionando a fixação artificial de preços, mesmo que de forma não intencional.

A AHECE foi condenada ao pagamento de multa no valor de 40.000 UFIR, valor este calculado pelo método tradicional e considerando a renda anual auferida pela associação.

h. Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14

Trata-se de processo relativo a cartel atuante de 2003 a 2004 no mercado de prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde. A Associação Médica de Grande Dourados (AMGD) foi condenada ao pagamento de multa no valor de 50.000 UFIR por impor tabelamento de preços baseado na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), bem como organização de paralizações e ameaças de descredenciamento de profissionais médicos. O valor foi calculado pelo método tradicional, e se baseou no “faturamento” da associação.

A subsidiar a condenação foram utilizadas atas de reuniões que demonstram a existência de negociação conjunta, carta da AMGD informando que as consultas e procedimentos possuíam valor mínimo, ofício da AMGD a plano de saúde relatando reunião da associação que fixara “novos preços para consultas e visitas médicas, aplicáveis a todos os convênios⁷⁴”, Resolução do Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul que instituía penalidades aos médicos que não adotassem a tabela de preços, notícia veiculada em jornal, e ofício da AMGD à informando descredenciamento de médicos que não adotaram a CBHPM.

Os processos administrativos nº 08012.010187/2004-64, nº 08012.001591/2004-47, nº 08012.004276/2004-71, nº 08012.005101/2004-81, nº 08012.006647/2004-50,

⁷⁴ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 03 fev. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOv-mSOH5ZqXoQz-hcb3zSVa-6GdhtaECwBSc7Dn6ivEuIX9HUmZ2tgGszyRJhCmiZoOFTYZ773lMcB_XIJCL1J. Acesso em: 22 out. 2018.

nº 08012.000432/2005-14 e nº 08012.003048/2003-01 possuem semelhante análise e quadro fático. No PA nº 08012.004276/2004-71, a Conselheira Relatora Ana Frazão alerta para a necessidade de se fazer uma análise de poder compensatório previamente à eventual condenação por conduta coordenada resultante de negociação coletiva, argumento este posteriormente desenvolvido em sua obra “Direito da Concorrência” (2017):

“A análise do mercado de saúde suplementar demonstra a evidente assimetria dos médicos diante das OPSs. Já se viu que o setor é concentrado e que apresenta uma série de características que reforçam a tendência de concentração e facilitam o exercício do poder econômico detido pelas operadoras.

(...)

Em que pese a jurisprudência do CADE, como visto anteriormente, entender que o estabelecimento de tabela de preços pelas entidades representativas da categoria médica é, em regra, ilícito, a controvérsia não está propriamente na existência ou não de desigualdade entre médicos e operadoras – que é reconhecida unanimemente –, mas nos limites admitidos pelo direito antitruste para endereçar o problema. Com efeito, mesmo aqueles que condenam a conduta têm reconhecido a fragilidade dos médicos frente ao poder de compra das operadoras de planos de saúde⁷⁵.”

i. Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15

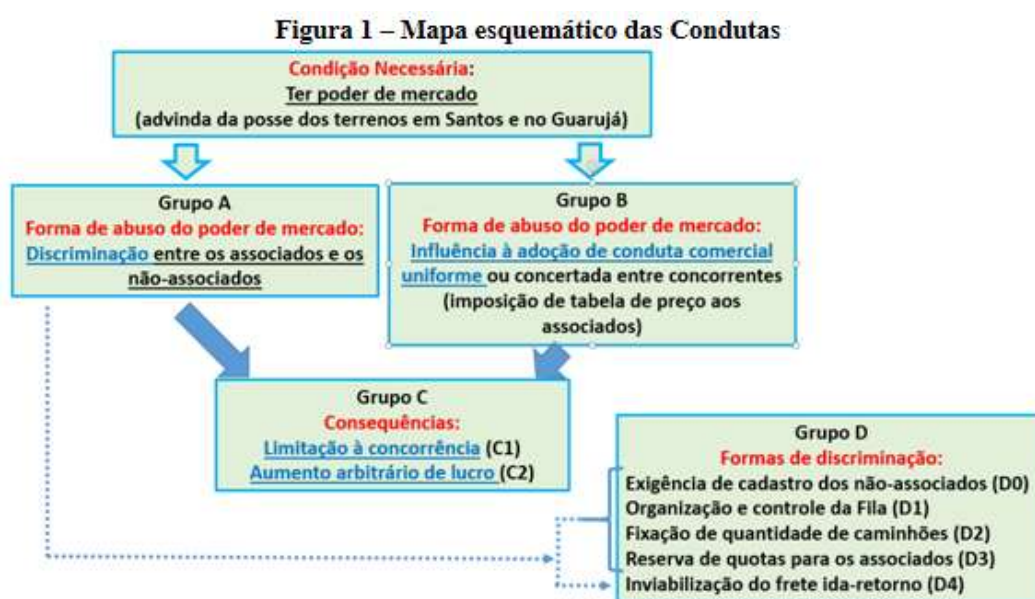
Neste processo investigou-se cartel atuante entre 2005 e 2015 na região portuária de Santos e Guarujá no mercado de transporte rodoviário de cargas a granel, especialmente matérias-primas de fertilizantes. O cartel objetivava discriminar associados e não-associados, bem como adotar conduta uniforme no sentido de aumentar o valor do frete rodoviário de granéis sólidos e impedir que não-associados atuassem no Porto de Santos, assim limitando a concorrência e gerando aumento arbitrário de lucros.

A Associação Comercial dos Transportadores Autônomos (ACTA) teve papel fundamental na formação do cartel, sendo sua criadora e principal agente de organização e

⁷⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71. Voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão, 8 out. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yN5pMJw2M-qAHVVMJ_mwsCZAesE-YYjQ-YvWhwysOm0oVZnJDI7HdhKeTicDTxuK4HQBHZmPV8mHJJEyrqgL3bE. Acesso em: 24 out. 2018.

monitoramento juntamente com o Sindicato dos Transportadores Rodoviários de Cargas e Granel de Santos (SINDGRAN). Tal fato se dava em razão dos terrenos adjacentes aos terminais do Porto, no qual os caminhões estacionavam para a carga, serem cedidos à ACTA, que controlava seus ocupantes, funcionando, assim como ‘*gatekeeper*’ do mercado.

A manutenção do cartel se dava através de represálias aos agentes que não o respeitassem e imposição de multas da prefeitura aos caminhoneiros que carregassem no porto sem a intermediação da associação. A imagem a seguir, constante do voto⁷⁶ da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, é ilustrativa das condutas anticoncorrenciais perpetradas:



Fonte: elaboração do Gabinete da Conselheira-Relatora

Como evidência da cartelização foi considerada a edição pública e explícita de tabela de preços, exigência de filiação para que o caminhoneiro pudesse estacionar no único lugar disponível, bem como inúmeros documentos e depoimentos colhidos em inquérito policial

⁷⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 7 dez 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO-jjf5ocyk-v3o22-28ZTIXapuJcQD56_5KE3DGEcp1RI8Q_gW8IxdifkS8R91PTkjWzZhDmgz1LQTM7OfTqWx#_Toc468806632. Acesso em: 22 out. 2018.

relacionado.

Quanto à referida tabela, a Conselheira afirma, ressaltando que sua mera elaboração já constitui conduta anticoncorrencial, ainda que os preços sejam ‘recomendados’ e não impostos:

Este Conselho tem sido rigoroso para reprovar esse tipo de conduta, qual seja, a imposição, por um agente do mercado que não necessariamente concorrente, do uso de tabela de preço por parte de concorrentes naquele mercado. A utilização das tabelas gera uniformização de preços e previne a concorrência, motivo pelo qual, apesar de ser uma conduta unilateral, em muitos casos pode assemelhar-se ao dano causado por um cartel hard core⁷⁷.

A Conselheira alerta, ainda, que as multas aplicadas às associações devem ser maiores, uma vez que estas têm se comportado como agentes fundamentais na perpetração de condutas antitrustes. O princípio da proporcionalidade, que analisa a arrecadação das associações – geralmente baixas – para aplicar-lhes uma multa proporcional baseada em sua situação econômico-financeira, gera valores ínfimos insuficientes para coibir o incentivo à cartelização. A Relatora defende, portanto, a mitigação desse princípio para casos específicos como este, no qual o papel da associação foi determinante para a formação de cartel de longa duração e com intensos efeitos na competitividade do mercado.

A ACTA foi condenada ao pagamento de multa no valor de 780.000 UFIR, assim como às obrigações de abster-se de qualquer prática anticoncorrencial e publicar síntese da decisão em seu *website* e murais. Apesar dos argumentos da Relatora, a dosimetria da multa foi realizada por meio do método tradicional, restando vencida a Conselheira.

j. Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56

Neste processo investigou-se cartel no mercado de autoescolas e despachantes atuante em Santa Bárbara D’Oeste – SP entre 2002 e 2011. A Associação dos Despachantes e Autoescolas de Santa Bárbara D’Oeste (ADESBO) coordenava o cartel e foi responsável por edição de tabela de preços e implementação de Sistema de Controle de Matrículas (SCM) para

⁷⁷ *Idem.*

controle e monitoramento dos preços praticados. O SCM constituía um sistema que dividia a quantidade de alunos entre os médicos que realizavam os exames psicotécnicos.

Referida tabela constava do sítio eletrônico da associação e era imposta aos associados sob pena de expulsão. Diversos integrantes demonstraram sua anuência através de assinatura do documento. Atas de reuniões, além das tabelas, foram consideradas como evidências da cartelização. Acerca do papel de associações de classe na perpetração de condutas antitrustes, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior afirma:

“Uma área cinzenta da análise antitruste é o papel das associações de classe. Elas coletam e disseminam informações sobre várias atividades de seus membros. Essas informações podem contribuir para que os mercados funcionem melhor. Mas, por outro lado, informações sobre preços podem levar à redução da concorrência, especialmente em mercados oligopolizados. Assim sendo, no caso de associações, é preciso sopesar efeitos positivos e negativos, tendo em vista que não há claros princípios sobre o que seja legal ou ilegal. É preciso, então, analisar o papel das informações produzidas e divulgadas pelas associações para verificar se elas contribuem para o funcionamento do mercado ou, pelo contrário, reforçam a formação de cartel por parte das empresas a elas associadas⁷⁸”.

A Associação, ainda, controlava a entrada de novos agentes no mercado, regulava a demanda de alunos (ao ponto de ‘aprovar’ ou não transferências entre as autoescolas), cobrava os valores de alunos inadimplentes e obrigava todos seus associados a assinarem Termo de Adesão ao SCM, o qual somente era disponibilizado a membros da ADESBO.

A ADESBO foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 146.845,80 (cento e quarenta e seis mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), calculada de acordo com o método tradicional.

⁷⁸ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 05 fev. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNnpPWVSb4YKMWwex61odHmovngE-UHu_N084SWn6C_Je_zH3YxqY871mwUSqycXZ5VQKBDxCLIfZrxd1RenaAN#_Toc441599798. Acesso em: 23 out. 2018.

k. Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69

Neste processo investigou-se conduta uniforme no mercado de prestação de serviços médicos no Rio de Janeiro. A Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro (SOMERJ), através de seu departamento, denominado Central de Convênios, determinava o valor mínimo a ser considerado pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro (CREMERJ) como ‘mínimo ético’ de uma consulta⁷⁹. Havia, ainda, imposição da tabela CBHPM, de tal modo que seu desrespeito constituía infração ética, além das mobilizações de paralização de serviços aos planos de saúde que não concordassem com os termos oferecidos pela SOMERJ em negociação coletiva. Acerca da tese de geração de poder compensatório, o Conselheiro-Relator João Paulo de Resende se manifesta:

“Esse entendimento, no entanto, é frequentemente contestado nos casos de imposição de tabelas de preços, mediante recurso ao argumento do poder compensatório, que, em síntese, defende que a conduta seria legítima quando buscasse reequilibrar uma situação de desequilíbrio entre duas partes em uma negociação de mercado. No caso das tabelas médicas, trata-se é um dos principais argumentos de defesa. Conforme já expressado neste plenário, sou da opinião de que essa tese não configura excludente de ilicitude, mas sim atenuante de pena, e que, mesmo para esse fim, é essencial que se demonstre a presença de cinco elementos: (i) a legitimidade para negociar coletivamente, (ii) a inexistência de imposição de uniformização de preços, via coerção direta ou indireta, à parte adversa e também aos próprios agentes econômicos que possuem sua vontade substituída na negociação, (iii) a não supressão da possibilidade de barganha bilateral, ou seja, a manutenção da possibilidade de efetiva negociação entre as partes, (iv) a simetria entre as estruturas resultantes da conduta, de modo que a estrutura artificialmente criada seja compatível com a estrutura oposta existente, cujo poder de mercado se quer combater; e, por fim, (v) efeitos sociais líquidos positivos, consistentes na demonstração de que não há danos adicionais ao consumidor final na forma de dupla margem no valor de bem ou serviço. Apenas

⁷⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 13 dez. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOMFewmHqvn7cedOB2VPF0AqHHLVRoqYymneGXBf7-RHEbY8voSPvTg0B8_pxBgzEGeluda8l-PJUOWoiD2lZs. Acesso em: 23 out. 2018.

cumpridos tais requisitos entendendo ser aplicável, portanto, a tese do poder compensatório, capaz de excluir a ilicitude de ações para a promoção e influência na adoção de conduta comercial uniforme⁸⁰”.

Tem-se, aqui, importante posicionamento quanto a requisitos que poderiam levar o CADE a considerar uma tabela de preços como somente indicativo sugestivo do mercado e não conduta anticompetitiva. A SOMERJ foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 106.410,00 (cento e seis mil, quatrocentos e dez reais), valor este calculado a partir do método tradicional, o que o Conselheiro – defensor da vertente da vantagem auferida – justifica a partir da impossibilidade de aferição da vantagem no caso.

1. Processo Administrativo nº 08012.002540/2002-71

Neste processo investigou-se conduta uniforme no mercado de prestação de serviços médicos em Goiás. Apesar do processo ter sido arquivado em relação às associações representadas por falta de provas, tem-se interessante posicionamento do Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior acerca do papel desempenhado pelas associações na adoção de condutas anticompetitivas:

“No caso da influência de adoção de conduta uniforme, o agente é, na maioria das vezes, externo ao cartel, isto é, não concorre com os agentes do cartel e/ou não desenvolve atividade empresarial. Por isso, tal agente apenas facilitaria o funcionamento do conluio, construindo ambientes propícios à troca de informação sensível e/ou auxiliando nos mecanismos de monitoramento e coerção do cartel. É nessa perspectiva que o CADE analisa, por exemplo, práticas de sindicatos, associações, federações, conselhos, consultorias, empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação e/ou de ferramentas de gestão⁸¹”.

⁸⁰ *Idem.*

⁸¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.002540/2002-71. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 21 set. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOK6panfAF9ZRhbSZCrdblqO0XAX-BX0_A4R2Rv1RelN_GjisUjuiAaTOSbV3dOJ7dKKCFt-iryhJn2TP86kkf#_Toc429665616. Acesso em: 23 out. 2018.

O Conselheiro afirma, ainda, não caber às associações ou conselhos médicos determinarem preços mínimos de consultas ou honorários médicos, sob qualquer hipótese, evidenciando uma tendência à adoção da regra *per se* para o tema.

m. Processo Administrativo nº 08012.012032/2007-13

Neste processo investigou-se cartel atuante entre 2002 e 2004 no mercado de prestação de serviços hemoterápicos em Goiânia – GO. As Associações de Combate ao Câncer em Goiás e a Associação Brasileira de Sangue (ABBS) foram condenadas por adoção de prática uniforme de fixação de preços e imposição de contratos homogêneos com operadoras de planos de saúde. Caso estas se recusassem a adotar as condições impostas pelas associações, eram alvos de boicotes.

Como evidências de cartelização foram considerados o fato das associações negociarem coletivamente em nome de seus associados, ainda que o contrato fosse firmado individualmente com cada banco de sangue; termo de audiência de conciliação; descredenciamento coletivo quando as operadoras não respeitavam o disposto em tabela de preços; correspondências entre a associação e as operadoras, muitas delas de tom ameaçador; e documentos que atestam a coordenação nas negociações. Acerca da prática de descredenciamento, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior se pronunciou:

“Nesse sentido, a drástica medida de descredenciamento e encaminhamento de distrato contratual foi o meio encontrado pelos Representados para impor suas tabelas de preços, medida que não se afigura proporcional em uma negociação.

Como já destacado na jurisprudência do CADE, o mero descredenciamento de bancos de sangue não é considerado ilícito antitruste *per se*. No entanto, quando esse descredenciamento é parte de uma estratégia coordenada de impor preços e condições à operadora, a prática empresarial passa a ser um ilícito antitruste destinado à obtenção de vantagens econômicas uniformes, formando bloco econômico cartelizado impermeável às pressões competitivas. Nesse sentido, é como se os concorrentes atuassem por meio de um único ente, tendo em vista a unificação das vontades negociais derivada do cartel, o que limita as escolhas do consumidor final na opção pela melhor rede credenciada, já que o descredenciamento foi em massa⁸²”.

⁸² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº

As condutas perpetradas, ao retirar o poder de barganha das operadoras de planos de saúde, obrigam estas a aceitar os termos oferecidos pelas associações, causando o repasse de custos ao consumidor e prejudicando-o. A Associação de Combate ao Câncer em Goiás foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 649.714,59 (seiscentos e quarenta e nove mil, setecentos e quatorze reais e cinquenta e nove centavos); a ABBS foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 425.640,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil, seiscentos e quarenta reais). Ambas as multas foram calculadas conforme o método tradicional.

n. Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69

Neste processo investigou-se conduta comercial concertada no mercado nacional de fabricação e comercialização de brinquedos. A Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (ABRINQ) foi condenada por fixar preços mínimos à importação de brinquedos, com quotas fixas e individuais para importadores, bem como barrar a entrada de novos agentes e dificultar a manutenção de determinados agentes já consolidados⁸³. Tais medidas foram decididas em reunião da Associação que contou com a presença de integrantes de alto escalão das principais empresas do mercado, o que foi ressaltado pelo CADE como indicativo de compartilhamento de informação comercialmente sensível.

O caso também foi marcado por celebração de Acordo de Cooperação Comercial entre ABRINQ, China Toy Association (CTA) e China Chamber of Commerce for the Light Products & Arts-crafts (CCCLPA). Em relação a este tema, o Conselheiro Paulo Burnier, em seu voto-

08012.012032/2007-13. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 17 set. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOXNMX5PklHBd7LR3qpquvhpIePcd10j3DSAWSWuIEAppiUsjAGA6e9VTbp7T3Q5b78mkILADlr6-mtnLIMh2A. Acesso em: 23 out. 2018.

⁸³ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69. Voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 20 ago. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOpro6kJxeFM6vG3um-pC60WAENTeIvZ7wwDO8XB2WAXWYGGb3p4QF8l7a16iDxR7j3_WVOg1-GzVvYnWt0z0MM. Acesso em: 24 out. 2018.

vista, afirma:

“No caso concreto, parece-me legítimo o esforço de associações no sentido da preservação da indústria nacional brasileira, de modo a evitar que eventuais práticas “injustas” do comércio internacional (como dumping e subsídios) ou situações imprevistas (como inundação de certos produtos importados) possam afetar seus negócios. Em consequência, parece-me igualmente legítimo o chamado lobby das associações em relação às prerrogativas do Governo brasileiro, para a adoção de medidas de defesa comercial através do MDIC, quando justificadas na prática diante do Direito da OMC⁸⁴”.

O Conselheiro ressalta, ainda, o risco anticoncorrencial representado pelas associações, entidades que muitas vezes ultrapassam seu mandamento constitucional e assumem a função de fórum de compartilhamento de informações comercialmente sensíveis. Burnier, nesse sentido, menciona multa de 830 mil Euros aplicada pela autoridade antitruste italiana Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato à Federação Nacional dos Médicos e Dentistas, bem como multa máxima aplicada pela autoridade antitruste grega a uma associação representativa de pequenos construtores de Atenas, e multa de 2 milhões de Euros aplicada pela autoridade antitruste indiana a 79 entidades e pessoas físicas. No Brasil, o Conselheiro traz dado de que as principais condenações de associações, estabelecidas a partir de 2003, se dão por prática de cartel e conduta comercial uniforme.

A ABRINQ foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 6.384,60 (seis mil, trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta centavos), valor este calculado pelo método tradicional.

o. Processo Administrativo nº 08012.000377/2004-73

Neste processo investigou-se cartel atuante em 2007 em Feira de Santana no mercado de assistência suplementar à saúde. A Associação de Hospitais e Serviços de Saúde do Estado da Bahia (AHSEB) foi condenada por influenciar conduta uniforme de seus associados no intuito de descredenciamento da GEAP, uma operadora de plano de saúde, bem como por

⁸⁴ *Idem*.

organizar paralisação da rede médica e realizar negociação conjunta em nome dos associados. O CADE considerou que a decisão conjunta de paralisação significou troca de informação comercialmente sensível em relação ao contrato com a referida OPS.

A AHSERB foi condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 85.128,00 (oitenta e cinco mil, cento e vinte e oito reais), calculado por meio do método tradicional.

Acerca da análise do papel da Associação na formação de conduta concertada, o Conselheiro Relator traz trecho esclarecedor constante de voto da Conselheira Ana Frazão nos autos do Processo Administrativo 08012.004472/2000-12:

“(...) em situações fáticas em que os agentes revelam-se claramente capazes de influenciar a principal variável econômica (preço) por meio de um conluio organizado, inexistente razão para que se utilize a participação no mercado relevante como forma de mensuração do poder de mercado das empresas envolvidas no cartel, já que este poder se manifesta direta e inexoravelmente da implementação da própria conduta⁸⁵”.

p. Processo Administrativo nº 08012.005660/2010-30

Neste processo investigou-se conduta anticoncorrencial uniforme no mercado de fabricação de placas automotivas no Ceará. A Associação dos Fabricantes de Placas e Similares do Ceará (AFACE) atuava juntamente ao Serviço Técnico Veicular Ltda. (ITV) para manipular o sistema de placas eletrônicas do DETRAN-CE, “bloqueando os pedidos de fabricação de placas feitos ao Departamento Estadual de Trânsito do Estado do Ceará (“DETRAN-CE”) e redirecionando-os à AFACE, que, por sua vez, dividiria os pedidos entre as empresas a ela associadas, havendo, inclusive, tabela de preços mínimos a serem praticados⁸⁶”. A AFACE foi

⁸⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12. Voto da Conselheira Ana Frazão, 1 out. 2014. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM80bfX7w1CoiRavm-MdhuTRJJPG29DNQ7l9f3mEAONAA4WGFwgYN7YRPMEKEhTIwmNE0xdNWryvYsQ0cVOjzvc. Acesso em: 25 out. 2018.

⁸⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005660/2010-30. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 22 maio 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-br6l-eZwDJyy0820q7ZXagnfE1Yxly3q7x-

condenada ao pagamento de multa no valor de R\$ 212.820,00 (duzentos e doze mil, oitocentos e vinte reais), calcula por meio do método tradicional.

Em seu voto-vogal⁸⁷, a Conselheira Ana Frazão alerta para a crescente proeminência das associações na adoção de condutas anticompetitivas:

“(...) preocupa-me muito o protagonismo que algumas associações vêm assumindo na vida econômica. Temos visto, como é o caso concreto, associações exercendo atividade econômica como atividade-fim, o que é contrário às finalidades legais desse tipo de pessoa jurídica, nos termos do Código Civil. Ocorre que tal questão não é apenas um problema de direito privado; pode ser igualmente um problema concorrencial, quando se trata de associação representativa de determinada categoria econômica, que conhece de perto os concorrentes, sabe muitas informações concorrencialmente sensíveis e tem uma posição diferenciada para agregar e coordenar os seus associados em torno de novas atividades, diminuindo ou neutralizando a concorrência entre eles.

Ademais, tais iniciativas por parte de associações acabam levando a uma verdadeira subversão dos instrumentos regulares para a coordenação das atividades dos agentes econômicos no mercado”.

A Conselheira demonstra, assim, preocupação em relação à mudança do papel assumido pelas associações na consecução de práticas anticompetitivas. O Processo Administrativo nº 08012.006764/2010-61, apesar de não conter manipulação do sistema do DETRAN, tem base fática semelhante, com cartel instaurado no mercado de fabricação de placas automotivas. A Associação dos Fabricantes e Revendedores de Placa, Letreiros e Afins do Estado da Bahia (APL) foi multada no valor de R\$ 127.680,00 (cento e vinte e sete mil, seiscentos e oitenta reais), igualmente calculada a partir do método tradicional.

⁸⁷ gGeLl2LpIv0d2E97pna6H0u2MzVfgi-EcRGU6UnWLz8ObmY57Q. Acesso em: 28 out. 2018.
BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005660/2010-30. Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão, 25 maio 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-RggE__a4rN4vjQQg2deVIstpnBxgjyWHnXGZnD1ly8Fyi0fn2XrZ7sujM8j33zZBn3gRrH4RBj4Eqwum5hPdn. Acesso em: 28 out. 2018.

2.4. Nova composição do Tribunal

Analisando-se os casos concretos, verifica-se que a teoria da vantagem auferida tem estado restrita aos votos de seus defensores, nomeadamente os Conselheiros Cristiane Alkmin Schmidt e João Paulo de Resende. Entretanto, a Conselheira Schmidt deixou o CADE no início de 2019 e o mandato do Conselheiro Resende se encerra em 14.7.2019, o que elimina, a princípio, a sobrevivência da vertente da vantagem auferida.

Contudo, os Conselheiros Paulo Burnier e Polyanna Vilanova igualmente encerram seus respectivos mandatos em julho de 2019, gerando, portanto, quatro assentos vagos a serem preenchidos no mesmo ano. Em um universo de seis Conselheiros e um Presidente, a entrada de quatro novos membros é suficiente não somente para formar uma maioria, mas igualmente para alterar precedentes de certa forma consolidados pelo Tribunal.

Referido contexto é objeto de críticas no Relatório da OCDE de 2019, o qual ressalta o elevado nível de insegurança jurídica que tal situação traz, especialmente ao se considerar que 2019 é o primeiro ano de exercício do Poder Executivo eleito em 2018, o que aumenta o risco de politização do Tribunal e se configura como enorme risco de perda de qualidade e tecnicidade nas decisões e análises realizadas:

Staggered start and end dates for the terms of Commissioners was a sensible solution to the danger of there being so many vacancies in the Tribunal that a quorum could not be convened. However, in practice, the current Government has delayed the appointment of some Commissioners and four will have to be appointed in 2019. This has raised further unease about the potential for politicisation of the new appointments as well as concerns about maintaining the technical expertise and precedent-setting value of the Tribunal's decisions with so many Commissioners being replaced in one go⁸⁸.

Nesse sentido, algumas recomendações da OCDE para evitar a possível politização do

⁸⁸ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil. Paris, 2019. p. 28. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

Tribunal do CADE são **(i)** a nomeação imediata, em um período máximo de 3 meses, dos Conselheiros, assim que o assento ficar vago; **(ii)** caso essa possibilidade não exista, a prolongação do mandato do Conselheiro até que seu substituto seja nomeado⁸⁹.

Em tese, portanto, seria possível que a nova maioria passasse a adotar a vertente da vantagem auferida. Entretanto, a adoção desta posição tem sido correlacionada com a formação pessoal de seus defensores – especificamente, economistas –, de modo que o perfil dos novos Conselheiros deve ser considerado quando da análise acerca da probabilidade de mudança de teoria a ser adotada no método de dosimetria das sanções pecuniárias.

2.5. Questionamentos acerca do tratamento concedido a associações pelo CADE

A seguir, serão brevemente tratados dois pontos específicos relacionados à posição peculiar ocupada pelas associações de classe no âmbito do Direito Antitruste, quais sejam, **(i)** o debate acerca da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da associação, para viabilizar o alcance do patrimônio tanto de seus membros quanto de seus diretores; e **(ii)** a discussão acerca da possibilidade de o Leniente da empresa beneficiada pela Leniência transmitir, para a associação da qual é presidente, a imunidade angariada através do Acordo de Leniência.

2.5.1. Desconsideração da personalidade jurídica e aferição de renda por associações

De acordo com o artigo 53 do Código Civil Brasileiro, as associações são uniões de pessoas que se organizem para fins não econômicos, de modo que, a princípio, estas podem auxiliar um determinado setor a ser mais produtivo e lucrativo, mas não almejar reter parte desses lucros para si⁹⁰.

Ainda que não lhes seja permitida a partilha do lucro entre os associados, nas associações de profissionais, tomando-se o seu fim não-econômico, à semelhança do

⁸⁹ *Idem*, p. 162.

⁹⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Exercício de atividade empresária por associação: avanço ou retrocesso social? In: FRAZÃO, Ana et al. **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. Cap. 10. p. 240.

que ocorre com as cooperativas, há a possibilidade de a organização atuar como facilitadora do interesse econômico de seus associados, podendo, inclusive, intermediar negócios sem a incidência de idêntica tributação que incidiria sobre uma sociedade, ou seja, num regime diferente do aplicado às sociedades⁹¹.

Oksandro Gonçalves⁹² defende que, sendo a associação uma pessoa jurídica de direito privado, haveria, em tese, a possibilidade de desconsideração de sua personalidade, especialmente ao se considerar que o artigo 46, inciso V, do Código Civil, permite que os membros da associação respondam, subsidiariamente, pelas obrigações sociais assumidas por esta.

Como visto anteriormente, os defensores da teoria da vantagem auferida são a favor de instituto semelhante, mas que, para a vertente, não se configura como uma desconsideração – seria, em verdade, a imposição de sanção à associação e, caso esta não possa arcar com o valor determinado, o estabelecimento de cobrança a seus membros. Em precedente já mencionado neste trabalho, o Conselheiro João Paulo de Resende afirma que interpretação diversa levaria a uma brecha no ordenamento jurídico, com a consagração das associações como fóruns livres de perpetração de condutas anticompetitivas.

Oksandro Gonçalves (2017) traz coletânea de jurisprudências na qual ambos os posicionamentos – pela possibilidade e pela impossibilidade da desconsideração – são defendidos. As decisões favoráveis se baseiam na existência de personalidade jurídica, enquanto as contrárias se utilizam da inexistência de finalidade lucrativa (GONÇALVES, 2017).

Nesse sentido, Gonçalves (2017) defende que, tendo por base a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, esta somente deveria ser permitida para associações caso estas se encaixassem no artigo 50 do Código Civil – o qual prevê o estatuto nos casos em que ocorre desvio de finalidade ou confusão patrimonial e, ainda assim, unicamente orientada aos dirigentes da associação – ou em outros dispositivos legais que autorizem a desconsideração, tais como o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 34 da

⁹¹ *Idem*

⁹² GONÇALVES, Oksandro. A desconsideração da personalidade jurídica nas associações. In: FRAZÃO, Ana et al. **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. Cap. 10. p. 381.

Lei de Defesa da Concorrência, a qual prevê a desconsideração em face de abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Entretanto, como foi mencionado na seção 2.2.1.1 deste trabalho, a vertente predominante no Tribunal do CADE não considera ser possível a desconsideração da personalidade jurídica das associações, uma vez que tal medida geraria uma ‘dupla punição’ às empresas associadas, algumas das quais não constam do polo passivo do PA, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Novamente, considerando-se que quatro novos Conselheiros serão nomeados para o Tribunal do CADE em 2019, este é um dos aspectos que pode sofrer mudanças significativas a depender do posicionamento de uma possível nova maioria.

2.5.2. Leniente presidente da associação condenada

Tem-se, igualmente, questão controversa que não tem sido tratada na doutrina ou jurisprudência, entretanto, constitui-se em importante questionamento a ser posto: em uma situação na qual o Leniente de determinada empresa seja igualmente presidente da associação Representada no PA, seria possível alegar que a imunidade adquirida através do Acordo de Leniência seria transferida para a associação, ou, no mínimo, para sua condição de dirigente desta?

Apesar da ausência de respostas na doutrina ou jurisprudência, poder-se-ia alegar que a imunidade se estende ao Leniente, uma vez que o Guia de Leniência do CADE⁹³ especificamente prevê que – considerando-se a hipótese na qual o Leniente procurou a Administração Pública antes desta tomar conhecimento da conduta anticompetitiva – o PA será extinto quanto ao Leniente. Seria, portanto, contraditório garantir ao indivíduo a extinção do processo quanto a ele e, posteriormente, condená-lo pela mesma conduta, perpetrada por meios distintos – ao invés da empresa, a associação da qual este era presidente.

Entretanto, em relação à imunidade da associação enquanto entidade, a resposta parece

⁹³ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília, 2018. 67 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

ser distinta. De fato, o propósito de criação de personalidade jurídica própria para a associação se justifica justamente no surgimento de um ente personificado e distinto de seus membros, com responsabilidades e patrimônio próprios. Considerar que a imunidade concedida a seu presidente equivaleria à imunidade para toda a organização equivaleria a desconsiderar a teoria da personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade de seus membros, uma vez que o contrário também seria válido – a responsabilização dos membros irrestritamente pelas condutas anticompetitivas perpetradas pela associação.

Evidentemente, tal situação traria prejuízos à segurança jurídica e ao próprio mercado, ao ignorar a estrutura já existente no sentido de proteção ao empresário e a seu patrimônio pessoal, garantia esta responsável pelo crescimento econômico na Modernidade, conforme leciona Fábio Ulhoa Coelho⁹⁴:

“Se é inconfundível com os seus integrantes, a pessoa jurídica então possui um patrimônio próprio, incomunicável com os deles. Em consequência, não é cabível a responsabilizarem-se os sócios ou associados por dívidas contraídas pela pessoa jurídica, senão em hipóteses excepcionais, e em caráter subsidiário. Igualmente, não é possível responsabilizar-se a pessoa jurídica por obrigação de sócio ou associado. A separação patrimonial existente entre a pessoa jurídica e os seus integrantes cumpre uma importante função nas sociedades capitalistas, na medida em que, ao limitar os riscos da produção, ajuda a motivar os particulares a desenvolverem atividades econômicas. É um expediente técnico-jurídico de grande utilidade e importância em regimes econômicos fundados na iniciativa privada”.

Tem-se, portanto, que, na situação posta, deve ser reconhecida a imunidade do Leniente. A associação da qual este era presidente, porém, não deve ter seu julgamento alterado, tendo suas condutas analisadas regularmente.

⁹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro**: comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 44.

3. TRATAMENTO INTERNACIONAL: TRADE ASSOCIATIONS

3.1. Visão da doutrina e da jurisprudência

O ano de 1897 marcou a primeira vez em que a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que acordos de preços entre concorrentes era uma prática ilegal que violava o *Sherman Act*. O caso, *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897), versava justamente acerca de uma associação entre companhias ferroviárias voltada a fixar preços das tarifas de frete de cargas, bem como regras de operação e tráfego, com reuniões mensais para discutir mudanças propostas e garantir o funcionamento do acordo. Motta (2009), nesse sentido, afirma que “the Supreme Court took to view that, with the Sherman Act, the Congress intended to outlaw all price agreements, and that it was not up to judges to decide which agreements are reasonable and which one are not”.

Faull e Nikpay (2007) ressaltam que uma das razões da essencialidade do papel representado pelas associações em cartéis internacionais deriva de sua *liability*, a suposição de que a atuação da associação seja lícita e direcionada ao bem da indústria representada. Nesse sentido, os autores indicam que o nascimento do Direito Antitruste na Europa verificou diversas associações que haviam sido criadas especificamente no intuito de viabilização do cartel, mas que os precedentes iniciais, tais como *Vegetable Parchment*⁹⁵, *Cast Iron and Steel Rolls*⁹⁶ e *Zinc Producer Group*⁹⁷, não condenavam as entidades (FAULL E NIKPAY, 2007).

Com o desenvolvimento do entendimento concorrencial, as associações passaram a ser condenadas, porém sem a imposição de multa. A primeira decisão na qual uma associação foi condenada ao pagamento de valores em razão de ter tomado parte em uma conduta

⁹⁵ OJ L 70, 13.12.1977, p. 54–68. 78/252/EEC: Commission Decision of 23 December 1977 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.176 - Vegetable parchment). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558278940671&uri=CELEX:31978D0252>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁹⁶ OJ L 317, 15.11.1983, p. 1–18. 83/546/EEC: Commission Decision of 17 October 1983 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.064 - Cast iron and steel rolls). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558279558591&uri=CELEX:31983D0546>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁹⁷ OJ L 220, 17.8.1984, p. 27–45. 84/405/EEC: Commission Decision of 6 August 1984 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/30.350 - zinc producer group). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558279979438&uri=CELEX:31984D0405>. Acesso em: 17 maio 2019.

anticompetitiva se deu unicamente em 1982, em caso⁹⁸ envolvendo o Bureau National Interprofessionnel du Cognac (BNIC), associação que coordenou a fixação de preços mínimos no mercado de conhaque e destilados. Ressalte-se, ainda, que a faceta pública da associação não impediu a Comissão de sancionar a entidade:

The fact that the members of the BNIC are nominated by the Minister for Agriculture cannot disguise the fact that they are nominated on the proposal of the relevant trade associations and in the capacity of delegates of the professional or trade organization association to which they belong ; they thus represent these organizations which are themselves composed of undertakings. The BNIC is thus an association of associations of undertakings, and constitutes an association of undertakings for the purpose of the application of Article 85. The way in which the BNIC is financed, the fact that it has legal personality, and the fact that quality control functions are conferred on it by law, do not prevent its being considered an association of undertakings⁹⁹.

Posner (1976) já ressaltava que, em razão da fixação de preços ser tipicamente uma infração *per se*, concorrentes usualmente buscam se afastar do ilícito por meio da adoção de todos os elementos que levariam a uma fixação de preços, exceto a fixação de preços em si. Tal configuração tipicamente envolve, portanto, a troca de informações, a qual se encontra no limite do ilícito e muitas vezes é configurada como tal.

Unlike collusive pricing itself, such exchanges may yield significant social benefits as well as costs. In general, the more information sellers have about the prices and output of their competitors the more efficiently the market will operate. (...) Information is thus a two-edged sword: it is necessary if the competitive process is to work properly, but it can also facilitate collusion.

O autor ainda ressalta que é ilusório acreditar que o *player* possa encontrar as

⁹⁸ OJ L 379, 31.12.1982, p. 1–18. 82/896/EEC: Commission Decision of 15 December 1982 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/29.883 - AROW/BNIC). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558280433847&uri=CELEX:31982D0896>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁹⁹ *Idem*, p. 10.

informações do mercado através de outros meios que não a troca de informações, uma vez que qualquer dado que não advenha do próprio concorrente – como o questionamento a seus clientes, ou a observância do mercado – pode ser impreciso e levar a erros (POSNER, 1976).

Posner afirma, entretanto, que a Suprema Corte tem falhado em distinguir a colusão anticoncorrencial e a troca de informações benéfica ao mercado como um todo. Para isso, o autor analisa o caso *Hardwood*¹⁰⁰, no qual a associação *American Column & Lumber Co.* estabeleceu um “open-competition plan” (POSNER, 1976) por meio do qual seus associados deveriam regularmente reportar detalhadamente suas políticas de preços. “There was no agreement to charge the same prices or to limit production, but members were exhorted to ‘follow their most intelligent competitors’” (POSNER, 1976, p. 137).

Posner opina que a Corte considerou como anticoncorrencial aspectos que, na verdade, constituíam unicamente formas de planejamento de mercado, uma atividade legítima a ser desempenhada pela associação. Nesse sentido, a afirmação da Corte, na pessoa do Justice Clarke, de que “the only element lacking in this scheme to make it a familiar type of the competition suppressing organization is a definite agreement as to production and prices¹⁰¹”, para Posner significa que uma contradição, uma vez que o único elemento anticoncorrencial *per se*, qual seja, a fixação de preços, foi expressamente admitido como faltante, e ainda assim a associação foi condenada.

Nesse sentido, o autor ressalta que a existência de sanções seria irrelevante na análise do potencial anticompetitivo de um acordo (POSNER, 1976):

And the existence of sanctions for violating the plan is irrelevant to the question whether the plan amounts to price fixing: if it does not, why object to its being enforced by appropriate sanctions? The Court also stated that the members of the associations “began actively to cooperate through the meetings, to suppress competition by restricting production”, but the only evidence cited was some general exhortations to avoid overproduction, such as “No man is safe in increasing production”

¹⁰⁰ *American Column & Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/257/377/>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁰¹ *Idem*

Posner afirma que inexistia qualquer indício de um acordo colusivo expresso, e que seria impossível, no caso, a adoção de um acordo tácito, uma vez que os membros da associação se espalhavam através de toda a extensão territorial dos Estados Unidos, o que abarca mercados distintos, e não havia qualquer localidade na qual os membros representassem mais de 30% dos produtores locais, nenhum destes um monopolista ou grande produtor. É nesse sentido o voto divergente do Justice Brandeis's¹⁰², ressaltando que o plano possibilitava aos menores produtores fazerem frente aos agentes monopolistas:

It is claimed that the purpose of the Open Competition Plan was to lessen competition. Competition among members was contemplated, and was in vigorous operation. The Sherman Law does not prohibit every lessening of competition, and it certainly does not command that competition shall be pursued blindly, that business rivals shall remain ignorant of trade facts, or be denied aid in weighing their significance. It is lawful to regulate competition in some degree. (...) But it was neither the aim of the Plan nor the practice under it to regulate competition in any way. Its purpose was to make rational competition possible by supplying data not otherwise available, and without which most of those engaged in the trade would be unable to trade intelligently.

(...) there is nothing in the Sherman Law to indicate that Congress intended to condemn cooperative action in the exchange of information, merely because prophecy resulting from comment on the data collected may lead, for a period, to higher market prices. (...) Its purpose was merely to prevent restraint. The illegality of a combination under the Sherman Law lies not in its effect upon the price level, but in the coercion thereby affected. (...)

The cooperation which is incident to this plan does not suppress competition. On the contrary, it tends to promote all in competition which is desirable. (...)

Justice Brandeis argumenta, em seguida, pela inocorrência de ilícito anticoncorrencial, uma vez que o plano não possuía instrumentos coercitivos, e suas análises eram permanentemente disponibilizadas não somente ao público, mas igualmente ao Governo. Inexistiria, portanto, um conceito central em antitruste, qual seja, o *restrain*, consistente na limitação da concorrência através de práticas colusivas prejudiciais ao mercado. O Justice ainda

¹⁰² *Idem*

ressalta a inexistência de qualquer prova que constituísse um típico acordo anticompetitivo, tais como divisão territorial e uniformidade de preços:

The plan provides for cooperation in collecting and distributing information concerning the business of members and generally in regard to the trade. That, in adopting the Plan, the members formed a combination in trade is clear. Cooperation implies combination, and this combination confessedly relates to interstate trade. It is also clear that a plan for cooperation, although itself innocent, may be made an instrument by which illegal restraint is practiced. But the decree below should, in my opinion, be reversed, because the Plan is not inherently a restraint of trade, and the record is barren of evidence to support a finding that it has been used, or was intended to be used, as an instrument to restrain trade.

Restraint of trade may be exerted upon rivals, upon buyers or upon sellers, upon employers or upon employed. Restraint may be exerted through force or fraud or agreement. It may be exerted through moral or through legal obligations, through fear or through hope. It may exist, although it is not manifested in any overt act, and even though there is no intent to restrain. Words of advice, seemingly innocent and perhaps benevolent, may restrain when uttered under circumstances that make advice equivalent to command. For the essence of restraint is power, and power may arise merely out of position. Wherever a dominant position has been attained, restraint necessarily arises. And when dominance is attained, or is sought, through combination, however good the motives or the manners of those participating, the Sherman Law is violated, provided, of course, that the restraint be what is called unreasonable.

In the case before us, there was clearly no coercion. There is no claim that a monopoly was sought or created. There is no claim that a division of territory was planned or secured. There is no claim that uniform prices were established or desired. There is no claim that, by agreement, force, or fraud, any producer, dealer, or consumer was to be or has in fact been controlled or coerced. The Plan is a voluntary system for collecting from these independent concerns detailed information concerning the business operations of each, and its opinions as to trade conditions, prospects, and policy, and of collating, interpreting, and distributing the data so received among the members of the Association and others. No information gathered under the Plan was kept secret from any producer, any buyer, or the public. Ever since its inception in 1917, a copy of every report made and of every market letter published has been filed with the Department of Justice, and with the Federal Trade Commission. The district

meetings were open to the public. Dealers and consumers were invited to participate in the discussions, and to some extent have done so¹⁰³.

Outro caso mencionado por Posner (1976) é *Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States*¹⁰⁴ (1925), no qual uma associação que abrigava membros que correspondiam a 70% do mercado de *maple flooring* foi acusada de (i) divulgar informações de modo semelhante ao caso *Hardwood*; (ii) distribuição de folheto com as taxas de seus serviços; (iii) divulgação para membros do custo médio de diversos tipos de *maple flooring*; e (iv) reuniões entre concorrentes nas quais se discutiam estatísticas do mercado (POSNER, 1976). A composição da Corte ao julgar este caso era dominada pelos Justices que haviam divergido da posição adotada em *Hardwood*, de modo que foi decidido que a prática da associação não violava o *Sherman Act*.

Posner (1976) argumenta que, diferentemente de *Hardwood*, a prática em questão necessariamente seria anticoncorrencial, uma vez que não haveria qualquer justificativa legal para as condutas adotadas pela associação. A divulgação de preços médios e preços “base” para a indústria, na análise do autor, seria uma “pretty useless statistic except for purposes of establishing a basis for converging to a collusive price, since it provides little information with respect to the conditions of supply (and none with respect to demand)” (POSNER, 1976, p. 143). A Court, porém, alegou que as condutas não constituíam ilícito antitruste¹⁰⁵, ressaltando que os casos derivados do *Sherman Act* devem ser objeto de análise específica de acordo com os fatos particulares a cada conduta:

Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925). No. 342. Argued December 1, 2, 1924. Reargued March 3, 1925. Decided June 1, 1925. 268 U.S. 563.

Syllabus

1. In a suit to enjoin a trade association under the Anti-Trust Act in which the government adduced, as evidence of guilty purpose, the history of earlier combinations which this one had superseded, *held* that there was no evidence of any present agreement or purpose to produce any effect on commerce other than that

¹⁰³ *Idem*

¹⁰⁴ *Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States*, 268 U.S. 563 (1925), disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/563/>. Acesso em: 12 maio 2019.

¹⁰⁵ *Idem*

which necessarily would flow from the activities of the present association, and that the only question was whether that association, as actually conducted, had a necessary tendency to cause direct and undue restraint of competition condemned by the Act. P. [268 U. S. 577](#).

2. Each case arising under the Sherman Act must be determined upon the particular facts disclosed by the record, and opinions of the Court in those cases must be read and applied in the light of their facts, with clear recognition of essential differences in that regard. P. [268 U. S. 579](#).

3. Trade associations or combinations of individuals or corporations, which, as in this case, openly and fairly gather and disseminate information as to the cost of their product, the actual prices it has brought in past transactions, stocks on hand, and approximate cost of transportation from the principal point of shipment to points of consumption, and meet and discuss such statistics without reaching or attempting to reach any agreement or concerted action respecting prices, production, or the restraining of competition, do not thereby engage in an unlawful restraint of commerce. P. [268 U. S. 582](#).

4. (...) *Held* that such activities did not constitute an unlawful restraint on commerce. *Am. Column Lumber Co. v. United States*, [257 U. S. 377](#); *United States v. Am. Linseed Oil Co.*, [262 U. S. 371](#), distinguished. P. [268 U. S. 568](#).

Reversed.

O autor critica ambas as decisões, afirmando que *Hardwood* possuía eficiências e benefícios ao mercado, enquanto *Maple Flooring* se constituía em um típico cartel. A razão para as interpretações opostas estaria no método de análise: ao focar-se nas condutas que *poderiam* levar a uma fixação de preços, a Corte deixava de perceber a configuração da conduta em si, a qual era muito mais visível em *Maple Flooring* (POSNER, 1976). O autor, nesse sentido, estabelece seis critérios de análise para aferição da ilicitude de trocas de informações realizadas entre concorrentes: **(i)** a ilicitude somente se dará se a informação compartilhada possibilitar a fixação expressa ou tácita de preços; **(ii)** havendo a fixação de preços, qualquer informação auxiliar compartilhada deve ser igualmente punida; **(iii)** quando a fixação não puder ser comprovada, a troca de informações pode ser considerada uma evidência em si da colusão, principalmente se o mercado em questão possui tendência à colusão e se a troca de informações não seria justificável, como em mercados monopolizados; **(iv)** o potencial anticompetitivo da informação trocada; e **(v)** o modo pelo qual a informação é compartilhada é irrelevante, de modo que a existência em si de associações no mercado não o tornaria mais propenso à colusão (POSNER, 1976).

Ancelin, Dharcourt e Bakker (2017), por outro lado, trazem uma visão distinta acerca do compartilhamento de informações entre concorrentes membros de uma mesma associação. As autoras indicam a existência de legislação específica voltada a condenação de associações,

tanto no Reino Unido (Competition Act de 1998) quanto na Alemanha (German Act against Restraints on Competition) e na União Europeia (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU). Nesse aspecto, o Conselheiro João Paulo de Resende, em seu voto no PA nº 08012.005882/2008-38¹⁰⁶, utiliza a previsão da Normativa nº 1/2003¹⁰⁷, de 16.2.2002, a qual regulamenta aspectos concorrenciais do TFEU, para defender seu argumento pela possibilidade de acesso ao patrimônio dos membros da associação, quando esta não for capaz de arcar com a sanção:

Além dessa definição, a regulamentação europeia também resolve eventual problema de solvência da associação, caso a multa exceda sua capacidade direta de pagamento, ao definir que em caso de insolvência a associação fica obrigada a pedir contribuições às associadas para pagar o valor devido e, ainda, caso estas não façam o pagamento dessas contribuições, a Comissão tem a prerrogativa de requerer o pagamento direto de qualquer das associadas cujos representantes façam parte do órgão decisório da associação. Da regulamentação da Comissão Europeia é importante extrair a racionalidade econômica para a definição da multa, racionalidade essa imprescindível para efetivar os princípios da dissuasão e da proporcionalidade; e que está em linha com os critérios de dosimetria do art. 45 da Lei nº 12.529/2011, como gravidade da infração, vantagem auferida ou pretendida, efeitos econômicos negativos e situação econômica do infrator. **Não se propõe aqui qualquer desconsideração da personalidade jurídica das associações, mas que a multa seja fixada, dentro dos limites legais, levando em consideração a natureza da conduta anticompetitiva e os critérios de dosimetria que nossa própria lei prevê.** É preciso ter em mente que as associações são instrumentalizadas de forma a blindar seus associados, dificultando que as autoridades antitruste consigam individualizar as condutas dos reais beneficiários da prática anticompetitiva. Negar isso é negar a realidade e julgar uma ficção.

O Conselheiro se refere à regulamentação que determina que a multa aplicável a

¹⁰⁶ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 23 maio 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMfBPDx1J3SIty6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2. Acesso em: 3 maio 2019.

¹⁰⁷ EUROPEAN UNION. Council Regulation nº 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>. Acesso em: 12 maio 2019.

associação não deve exceder o percentual de 10% da receita obtida no ano anterior e, quando a infração envolver condutas perpetradas por seus membros, a multa pode ser cobrada destes, em instituto semelhante à solidariedade do Direito Civil, desde que não ultrapasse 10% da receita de cada membro atuante no mercado afetado.

Nesse sentido, Ancelin, Dharcourt e Bakker (2017) ressaltam que a Corte de Justiça da União Europeia tem entendido como “receita da associação” o valor correspondente à soma das receitas de seus membros, e não o valor auferido pela associação em si¹⁰⁸. As autoras relatam, porém, que algumas jurisdições, tais como a França, estabelecem um valor limite para a multa aplicável a “não empresas” (ANCELIN; DHARCOURT; BAKKER, 2017).

A prática nacional dos membros da União Europeia parece variar. A Autoridade da Concorrência de Portugal adotou o referido método de igualar a receita da associação à de seus membros¹⁰⁹, enquanto a autoridade espanhola¹¹⁰ considerou que tal opção equivaleria à uma dupla sanção, e preferiu realizar a dosimetria de acordo com a duração e participação das associações na conduta (ANCELIN; DHARCOURT; BAKKER, 2017).

Do mesmo modo, van Bael & Bellis (2011) ressaltam que a prática europeia tem admitido como “associações” qualquer forma de organização entre empresas ou indivíduos, como, por exemplo, *bar associations*, entidades sem fins lucrativos, cooperativas e organizações sem personalidade jurídica (VAN BAEL & BELLIS, 2011). Igualmente, os autores indicam que a ‘decisão’ mencionada no artigo 81 do TFEU não necessita ser vinculante, bastando que o eventual cumprimento do acordado tenha um “appreciable effect on competition”¹¹¹, ainda que se configure unicamente como uma ‘recomendação’ aos membros.

¹⁰⁸ Casos C-101/07 e C-110/07 P *Coop. de France Bétail et Viande*, 18 dez 2008. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-101/07>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹⁰⁹ Casos PRC 2005/26. *AIPL - Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*, 16 dez 2008. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoese_da_AdC/Paginas/PRC200526.aspx. Acesso em: 15 maio 2019.

¹¹⁰ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. S/0425/12. *Danone S.A., Corporación Alimentaria Peñasanta S.A., Grupo Lactalis Iberia S.A., Nestlé España S.A., Puleva Food S.L., Calidad Pascual*, 3 maio 2015. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoese_da_AdC/Paginas/PRC200526.aspx. Acesso em: 15 maio 2019.

¹¹¹ VAN BAEL & BELLIS. *Competition Law of the European Community*. 5. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 36.

By being a member of an association, an undertaking is deemed to have accepted its constitution and to have empowered the association to undertake obligations on its behalf. Consequently, even where a member has not expressly approved an anticompetitive agreement concluded by the association, but has not expressly opposed it, the member may be held to have acquiesced in the agreement¹¹².

Tem-se, assim, que o entendimento europeu tende a sancionar de um modo geral todos os membros minimamente envolvidos com a prática anticompetitiva, direta ou indiretamente – através de seu conhecimento e complacência. De modo distinto, para gerar a imposição de multa à associação, seu papel deve ser ativo e distinto dos demais membros, não sendo suficiente sua utilização meramente como instrumento de reforço do acordo (VAN BAEL & BELLIS, 2011):

So far as the three associations STA, Adets and Fachverband Betonstahlmatten are concerned, the Commission takes the view that the available evidence strongly suggests that they too were involved in agreements contrary to the Treaty; however, in view of the fact that the senior management of the associations consisted of leading personalities from the largest undertakings among their members, the Commission does not propose to draw any final conclusions as to the associations own involvement. The main role in bringing about the agreements was played by the largest of the associations' member undertakings. The associations were used by those members to give the agreements stronger and wider impact. Without the initiative and active participation of the leading individuals in these undertakings, who also held senior positions and important roles in their respective associations, the agreements could not have come into being. In these circumstances the Commission judges that the main fines should be imposed on those leading member undertakings without taking account of the associations in question¹¹³.

Tem-se, assim, que a Comissão realizou análise hipotética na qual as empresas-líderes do cartel seriam indispensáveis à realização da conduta anticompetitiva, e, pelo fato de seus

¹¹² *Idem*, p. 394.

¹¹³ OJ L 260, 6.9.1989, p. 1–44. 89/515/EEC: Commission Decision of 2 August 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.553 - Welded steel mesh). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1989/515/oj>. Acesso em: 17 maio 2019.

dirigentes ocuparem os principais cargos diretivos da associação, esta fora usada meramente como um instrumento, não tendo função específica e distinta na prática anticompetitiva, sendo, portanto, incabível a imposição de multa.

Outras práticas ressaltadas pelos autores como anticompetitivas são **(i)** a criação de requisitos restritivos e não apeláveis para que a empresa se torne um membro da associação; **(ii)** feiras e exposições com restrições excessivas à participação em outros eventos, além de demasiado requisitos para admissão como expositor; **(iii)** aplicação de condições uniformes de venda; **(iv)** elaboração de códigos de ética e códigos de conduta que envolvam troca de informações sensíveis e imposição de multas aos membros dissidentes (VAN BAEL & BELLIS, 2011).

Nesse contexto, Ancelin, Dharcourt e Bakker (2017) igualmente discordam de Posner e defendem a possibilidade de a troca de informações ser em si um ilícito anticoncorrencial, independente de sua função auxiliar ao estabelecimento e manutenção de um cartel.

In any case, the important rule is that an exchange of information must not enable a company to anticipate more precisely the strategy of its competitors or reduce the degree of uncertainty on the market further than it would have existed in the absence of such an exchange of information: companies must act independently¹¹⁴.

As autoras ressaltam ser o primeiro passo da análise da conduta a aferição de sua característica de ser por objeto ou por efeito, o que se assemelha à prática brasileira. Nesse sentido, as infrações por objeto descreveriam comportamentos *per se* anticoncorrenciais, sendo desnecessário a análise de seu impacto no mercado, enquanto os ilícitos por efeito demandariam uma análise fática, sendo, porém, desnecessário que a troca de informação seja recíproca (ANCELIN; DHARCOURT; BAKKER, 2017). Como informações sensíveis, as autoras citam preços, lista de clientes, custos de produção, receita, vendas, riscos, planos de investimento e tecnologias (ANCELIN; DHARCOURT; BAKKER, 2017).

Importante análise a ser realizada se refere ao *tipo* de informação trocada. Se estar for **(i)** pública, **(ii)** agregada (não individualizada), **(iii)** histórica e **(iv)** não frequente, a verificação

¹¹⁴ ANCELIN, Omblin; D'HARCOURT, Maelle; BAKKER, Florence de. Exchange of Information in Associations of Undertakings: an Overview of EU and National Case Law. In: ACCARAIN, Antoine et al. **2018 Competition Case Law Digest: a synthesis of EU and national leading cases**. 3. ed. United Kingdom: Concurrences, 2017. Cap. 1. p. 6. Edited by Frédéric Jeny and Nicolas Charbit.

de uma conduta anticompetitiva será improvável. Entretanto, as autoras ressaltam que informações de difícil acesso, ainda que públicas, possuem potencial anticompetitivo e devem ser analisadas com cautela (ANCELIN; DHARCOURT; BAKKER, 2017).

Em relação às sanções, as autoras relatam que estas podem ser aplicadas somente à associação, somente aos seus membros ou a ambos:

In order to do so, they will assess the role of each of them in the implementation of the anticompetitive practices. Should the association have only played a passive role regarding the implementation of anticompetitive practices, the members only may be sanctioned. The European Commission specified that an association that has been used as a cover for cartel meetings would not be sanctioned as long as it is not proven that the association knew of the infringements. On the contrary, in case the association of undertakings goes beyond what its mission requires, it may be sanctioned, alone or together with its members¹¹⁵.

As autoras citam o caso no qual a CMA (Competition and Markets Authority), agência antitruste do Reino Unido, aplicou multa unicamente à associação de cirurgiões oftalmológicos por compartilhamento anticoncorrencial de planejamento de preços. A CMA não sancionou os membros da associação, tendo unicamente enviado-lhes uma “*letter of warning*”. Apesar de incomum, a opção do CMA pode ser justificada por meio de trecho da decisão:

In the day to day conduct of the business of an association, resolutions, recommendations or dictats of the management committee or of the full membership in general meeting, binding decisions of the management or executive committee of the association, or rulings of its chief executive, the effect of which are to limit the commercial freedom of action of the members in some respect, will all be decisions of the association. It is clear from the case law that a decision by an association of undertakings can take a broad range of forms. The key consideration is whether the effect of the decision, whatever form it takes, is to limit the freedom of action of the members in some commercial matter¹¹⁶

¹¹⁵ *Idem*, p. 11

¹¹⁶ UNITED KINGDOM. Competition And Markets Authority. Uk Government. **Decision of the Competition and Markets Authority**: Conduct in the ophthalmology sector, Case CE/9784-13. 2015, p. 188. Disponível em:

Tal opção é incomum na prática do CADE, o qual tende a sancionar a associação, seus dirigentes e as principais empresas envolvidas na conduta investigada. Retorna-se aqui, porém, para o argumento do Conselheiro Burnier no sentido de que as empresas a serem sancionadas devem necessariamente constar como representadas no processo, de modo que eventual multa imposta à associação não poderia ser cobrada de seus membros, especialmente os associados que não eram parte do processo administrativo.

Em relação ao momento no qual se pode considerar que a associação tomou parte ativa na conduta anticompetitiva, as autoras resgatam posicionamento da autoridade antitruste francesa, segundo a qual “as soon as a professional association goes beyond its traditional mission of informing its members, and issues instructions on prices, it is deemed to have taken part to the cartel”¹¹⁷.

Nesse sentido, é de extrema relevância mencionar caso recente envolvendo a Mineral Products Association (MPA) em investigação no mercado de cimento. Em comunicado, a CMA¹¹⁸ indicou cláusulas do estatuto da MPA que haviam sido desrespeitadas por meio da divulgação indevida de dados individuais relativos ao mercado. A MPA não somente aceitou os remédios sugeridos pelo Comitê de Concorrência, como se prontificou a auxiliar a investigação da CMA desde seu início. Uma consequência que pode ser ligada a tal proatividade é a não imposição de sanções pecuniárias à associação. Tem-se, assim, relevante precedente de cooperação entre uma associação e a autoridade concorrencial, ao invés da adversariedade normalmente verificada. Em seu *Final Report*, a CMA afirma:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55d5989f40f0b609ff000009/Conduct_in_the_ophthalmology_sector_decision_v2.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

¹¹⁷ ANCELIN, Omblin; D'HARCOURT, Maelle; BAKKER, Florence de. Exchange of Information in Associations of Undertakings: an Overview of EU and National Case Law. In: ACCARAIN, Antoine et al. **2018 Competition Case Law Digest**: a synthesis of EU and national leading cases. 3. ed. United Kingdom: Concurrences, 2017. Cap. 1. p. 12. Edited by Frédéric Jeny and Nicolas Charbit.

¹¹⁸ UNITED KINGDOM. Competition and Markets Authority. Uk Government. **UNDERTAKINGS GIVEN TO THE CMA BY THE MINERAL PRODUCTS ASSOCIATION (MPA)**. May 3, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/799610/Letter_from_the_CMA_to_Mineral_Products_Association.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

Our concern is not that these JVs or trade associations in themselves are aimed at facilitating market transparency or anti-competitive activity, and we have seen no evidence that this is the case. Our concern is that JVs necessitate meetings between the JV partners, and trade associations necessitate industry gatherings more generally. In the margins of such meetings, there are repeated opportunities for informal senior level business contacts¹¹⁹.

Tem-se, portanto, que a CMA reconhece o potencial anticompetitivo representado pelas associações, ao mesmo tempo em que verifica não ser esse necessariamente um objetivo da entidade, assemelhando-se mais a um efeito colateral do que propriamente a um intuito planejado.

Na esfera internacional, tem crescido o papel das associações em cartéis transnacionais, que se espalham para além de um mercado nacional e abrangem diversos países, ou mesmo continentes. Sobre o tema, porém, Liefmann (1932) já se posicionava:

Here, too, international trade associations have frequently been the forerunners of international cartels, and again international conferences the forerunners of the trade associations. An especially important international trade association of this kind was the pre-War International Association of Cotton Spinners. An instance from recent times is the World Conference of the Leather Industry in London, which has already led to the conclusion of international agreements¹²⁰.

Kühn (2001), entretanto, defende que a troca de informações entre empresas pode ser benéfica à competição, mas que, para atingir o nível de eficiência desejado, não é necessário que esta informação seja individualizada, de modo que a apuração agregada representa a interseção entre a formação de um cartel e a eficiência como instrumento do bem-estar do consumidor final. Nesse sentido, uma vez que a apuração e divulgação de informações

¹¹⁹ UNITED KINGDOM. Competition and Markets Authority. Uk Government. **Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation**: Final report. London: 2014, p. 127. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/552ce1d5ed915d15db000001/Aggregates_final_report.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹²⁰ LIEFMANN, Robert. **Cartels, Concerns and Trusts**. Ontario: Batoche Books, 2001 (1932). p. 193. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4846>. Acesso em: 21 abr. 2019.

agregadas já asseguraria toda a eficiência não-anticoncorrencial possível, conclui-se que a discussão acerca de preços e quantidades seria necessariamente *per se* ilícita, de modo que “overall it is hard to find circumstances in which the exchange of individual price and quantity data can be justified by compelling efficiency reasons” (KÜHN, 2001).

Goldman (2006) adota posição mais liberal ao afirmar que “the value of public dissemination of information and the members' right to publish their opinions is far greater than the threat caused by the mere publication of price or competition related information and suggestions”, alegando que a indevida restrição à troca de informações representaria uma violação à Primeira Emenda da Constituição estadunidense – a qual versa acerca da liberdade de expressão e pensamento –, uma vez que o cartel somente será formado caso existam, juntamente com a troca de informações, vantagens, ‘política’ de adesão e mecanismos de punição aos dissidentes (GOLDMAN, 2006). O autor analisa, ainda, que a Suprema Corte tem aplicado a regra *per se* unicamente em infrações relacionadas à fixação de preços, aplicando a regra da razão para condutas tais como discriminação de não-membros. Como práticas tipicamente isentas de incidência das normas antitrustes, porém, o autor cita a propaganda e pesquisa conjuntas, controle de qualidade e uniformização de produtos (GOLDMAN, 2006).

Tendo sido analisado o posicionamento da doutrina acerca do tratamento concedido às associações de classe em uma perspectiva internacional, passa-se, a seguir, para a visão institucional da OCDE acerca do tema.

3.2. Visão institucional: OCDE

A OCDE possui dois documentos voltados à análise da atuação das associações de classe através de uma perspectiva concorrencial. O mais recente, de 2010, analisa a troca de informações entre concorrentes, ressaltando que o fato do legítimo papel das associações girar em torno da divulgação de informações para o benefício da indústria torna extremamente sensível a análise da linha entre a licitude e a infração concorrencial. Nesse sentido, o órgão cita o caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*¹²¹, o *leading case* que determinou,

¹²¹ OJ L 68, 13.3.1992, p. 19–33. 92/157/EEC: Commission Decision of 17 February 1992 relating to a proceeding pursuant to Article 85 of the EEC Treaty IV/31.370 and 31.446 - (UK Agricultural Tractor

na jurisdição europeia, a ilegalidade da troca de informações entre concorrentes. Aspecto relevante que levou à condenação das empresas foi a constante troca de informações em reuniões da associação da qual os Representados faziam parte.

Por outro lado, o documento traz o caso *Asnef/Equifax*¹²², no qual uma associação espanhola de instituições financeiras formulou um banco de dados com informações acerca da solvência e risco de crédito de inúmeros indivíduos. A Corte Europeia de Justiça não considerou a prática como ilegal, determinando que, provido que o banco de dados fosse acessível a todas instituições financeiras e estas não divulgassem as informações, a ferramenta teria um impacto positivo no mercado:

The purpose of the register was to better inform lenders as to risks connected with granting loans, leading to greater and more efficient availability of credit. The CJEU concluded that the information exchanged on the creditworthiness of potential borrowers served to reduce the risk of lending by reducing the disparity between the information available to credit institutions and that held by potential borrowers. Therefore, the information exchange was capable of reducing the number of borrowers who default on repayments, and hence improved the functioning of the credit supply system as a whole, leading to a more efficient market outcome. As the credit register was designed to limit risks of credit institutions in granting loans, the Court concluded that the exchange of information did not have the object of restricting or distorting competition¹²³.

Do mesmo modo, Kühn, em sua contribuição ao documento da OCDE, afirma que a coleta de informações por meio de associações possibilita às empresas da indústria uma visão

Registration Exchange). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992D0157>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹²² Case C-238/05. Judgment of the Court (Third Chamber) of 23 November 2006. *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1558445244470&uri=CELEX:62005CJ0238>. Acesso em: 20 maio 2019.

¹²³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **OECD Policy Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. Paris, 2010, p. 27. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> >. Acesso em: 30 mar. 2019.

mais abrangente do mercado, na qual é possível analisar se os custos por elas aferidos estão em consonância com os das demais, ou se a demanda no mercado tende a crescer, além de gerar maior segurança e confiança para o investimento (KÜHN, 2010). O autor ainda ressalta a natureza replicável da informação, “an (excludable) public good so that passing it on to other users has no additional costs” (KÜHN, 2010). Nesse sentido, a intervenção das agências antitruste deve ser feita com cautela, no intuito de evitar que uma suspeita generalizada sobre as associações implique em limitar ou mesmo impedir os benefícios pró-competitivos da troca lícita de informações (KÜHN, 2010).

O autor reforça a importância da existência de normais concorrenciais voltadas especificamente à troca de informações, uma vez que, na ausência de dispositivo que indique a ilegalidade da prática, muitos agentes podem inadvertidamente incidir em ilícitos, afirmando que “if we cannot deter it we should not prosecute it” (KÜHN, 2010). O professor cita como exemplo uma associação de classe que divulgue os dados de produção de seus membros de forma individualizada unicamente por ser este modo mais fácil e rápido do que a criação de uma tabela unificada com dados agregados (KÜHN, 2010). O autor então sugere a utilização de “*safe harbors*”:

Good policy rules will target information exchanges that have substantial impact on either coordination or monitoring while imposing low avoidance costs. Safe Harbor provisions increase the power of incentives leading to more reliable selection leaving only those firms to be scrutinized who either have large efficiency benefits from the problematic information exchange regime or have questionable reasons for adopting the scheme¹²⁴.

Para o autor, os *safe harbors* seriam caracterizados por práticas com alto potencial pró-competitivo e baixo potencial de promoção de colusão entre empresas, tais como informação agregada sobre demanda e custo de produção. Kühn ainda critica a típica recomendação de compartilhamento de dados ‘históricos’, afirmando serem estes comercialmente irrelevantes

¹²⁴ KÜHN, Kai-Uwe. Designing Competition Policy towards Information Exchanges – Looking Beyond the Possibility Results. In ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **OECD Policy Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. Paris, 2010, pp. 421-2. Disponível em: < <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf> >. Acesso em: 30 mar. 2019.

(KÜHN, 2010). Importante conclusão do autor se refere à incapacidade da troca de informações, por si mesma, ser fator determinante à existência de um cartel, em razão da quase impossibilidade de avaliação da alegada eficiência gerada pela troca de informações ou do benefício que tal troca possa ter gerado ao consumidor (KÜHN, 2010).

O segundo documento em análise, OECD Policy Roundtable on Trade Associations (2007), é voltado especificamente ao tratamento concedido às associações de classe em diversas jurisdições ao redor do mundo. O documento ressalta a importância da associação para a melhoria e melhor funcionamento do mercado em que estas se estabelecem, observando que muitas associações “benefit from statutory and non-statutory exemptions or immunities from the application of competition rules, to permit them to perform these beneficial roles” (OCDE, 2007), tais como o direito de fazer *lobby*, isento na jurisdição estadunidense da aplicação do *Sherman Act* (*Noerr-Pennington doctrine*), ou a impossibilidade de condenação se a ordem para fixar ou divulgar preços veio do próprio Governo (*state action defence*).

O documento ressalta que as associações não mais realizam condutas anticompetitivas por meio de condutas óbvias, tais como a fixação de preços, mas sim utilizando-se de mecanismos mais sutis, tais como restrições à entrada de membros, pseudocódigos de ética, troca de informações sensíveis e criação artificial de *standards* inacessíveis (OCDE, 2007).

Quanto à aplicação de sanções, a OCDE reconhece as dificuldades práticas na imposição de multas às associações, uma vez que sua receita usualmente é baixa ou inexistente, o que gera o risco de insuficiência do efeito preventivo geral e específico da penalidade, além da dificuldade em eventual execução do valor (OCDE, 2007). Nesse sentido, o documento realça a opção de algumas jurisdições por considerar a receita dos membros, aos quais seria direcionada a execução em caso de insolvência da associação.

A OCDE aponta que as associações de classe sempre representaram um papel importante no mercado, inicialmente funcionando como uma contra força ao liberalismo da Revolução Industrial ou à intensa intervenção estatal posterior (OCDE, 2007). Contudo, o contato entre concorrentes teve o efeito deletério de facilitar a colusão e a adoção de práticas anticompetitivas, o que buscou ser combatido com a promulgação de diversos diplomas antitrustes ao redor do mundo. Tal quadro gerou uma certa desconfiança por parte das agências antitrustes, as quais tendem a examinar o comportamento das associações de forma rígida e a interpretar restritamente as isenções e imunidades concedidas.

(...) any decision, recommendation or other activity of the association may be capable of restricting competition between the members of the association. Decisions do not need to be formal or binding, nor do they have to be fully complied with to fall within the scope of antitrust rules, provided that they have an appreciable effect on competition. Decisions or recommendations do not have to be expressly approved by the members of the association to give rise to antitrust liability; even an oral exhortation may trigger antitrust liability if it is intended that members should abide by it¹²⁵.

Para a OCDE (2007), portanto, por fatores históricos e pela facilidade de colusão em seu ambiente, as associações tendem a possuir alto potencial anticompetitivo, de modo que, para garantir que eventual ilicitude no mercado não a abranja, faz-se necessária uma posição de vigilância constante, marcada por ações como Programas de Compliance, registro de todas as reuniões com suas respectivas pautas e agenda pública de encontros entre membros (OCDE, 2007).

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **OECD Policy Roundtable on Trade Associations**. Paris, 2007, pp. 29-30. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/41646059.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CONCLUSÃO

As associações de classe possuem um papel fundamental na estruturação de mercados mais eficientes e produtivos, contribuindo sobremaneira para seu desenvolvimento e aprimoramento. Tais entes já estavam presentes nas indústrias mais significativas desde a Revolução Industrial, funcionando como forma de sobrevivência à concorrência voraz do liberalismo. Inúmeros fatores, porém, entre eles a superveniência de crises econômicas, contribuíram para a transformação das associações em fóruns para estabelecimento, monitoramento e imposição de práticas anticompetitivas. Pode ser debatido que as associações, na verdade, sempre detiveram essa função, tendo ocorrido unicamente sua criminalização. Independente da vertente adotada, é certo que atualmente as associações de classe constituem-se na quimera do Direito Concorrencial, entidade composta de aspectos igualmente pró- e anticompetitivos cujo tratamento é extremamente sensível e incerto: excessivo rigor pode levar à sua extinção, o que prejudicaria o desenvolvimento do mercado, ao mesmo tempo em que sua não responsabilização inevitavelmente implicaria em aumento no número de cartéis que se ‘legitimariam’ por meio da entidade. De todo modo, as associações de classe não podem ser ignoradas, e têm atraído cada vez mais a atenção da jurisprudência e da Doutrina.

No Brasil, o CADE tem se debruçado sobre as associações de classe com um olhar cada vez mais crítico, tratando-as não somente como entidades de classe alheias ao mercado, mas sim como agentes muitas vezes fundamentais para a formação de cartéis e condutas comercialmente uniformes. O rigor do Tribunal Administrativo tem se relevado através da utilização da regra *per se* para a maioria das infrações envolvendo associações, as quais, porém, são usualmente sancionadas por meio do método de cálculo tradicional – e não o da vantagem auferida –, o qual resulta tipicamente em multas de valores inferiores. Tal embate entre vertentes tem marcado o Tribunal, gerando insegurança jurídica e incertezas prejudiciais tanto às empresas do mercado, que não possuem uma definição clara de práticas permitidas, quanto aos precedentes do Tribunal, que restam desconexos e volúveis à sua composição – cuja indicação tem um componente político.

Tais pontos são objetos de crítica da OCDE em seu recente Relatório acerca da estrutura concorrencial brasileira. O órgão aponta inúmeros pontos de melhoria em relação ao Relatório anterior, mas indica ainda a existência de brechas que de certo modo impedem a consolidação

do CADE como uma das agências antitrustes de maior destaque no mundo, especialmente ao se considerar o elevado número de casos julgados e as dificuldades que a autarquia enfrenta em relação à obtenção de equipe capacitada. Nesse sentido, a OCDE aponta o elevado número de TCCs firmados, os quais impedem a formação de corpo de decisões que sirva como guia ao mercado; a evidente discordância entre os Conselheiros, o que traz insegurança jurídica; e a ausência de produção de guias voltados a aspectos materiais e não unicamente processuais.

Com a eminente saída de ambos os Conselheiros defensores da corrente da vertente auferida, poder-se-ia argumentar a favor de uma centralização ao redor do método tradicional de cálculo das sanções. Entretanto, as circunstâncias excepcionais de quatro novos Conselheiros a serem nomeados em 2019 geram dúvidas quanto ao futuro posicionamento da nova maioria a ser formada no Tribunal. Ressalte-se novamente, assim, que o CADE parece de certo modo ter seu potencial retido por aspectos meramente organizacionais e institucionais, que devem ser superados para que a autarquia possa focar-se no aprimoramento de seu corpo de decisões e na geração de segurança jurídica para o mercado.

Na esfera internacional, observou-se que as associações possuem tratamento relativamente semelhante, com acordos de preço sendo analisados sob a regra *per se* e demais práticas sendo avaliadas pela regra da razão. Notou-se, porém, evolução gradual até a imposição de multas às associações, as quais eram inicialmente consideradas unicamente como um instrumento dos cartelistas para a consecução do ilícito. O argumento trazido pelos defensores da vantagem auferida, segundo o qual seria possível a cobrança dos membros da associação da multa imposta a esta, e que a base de cálculo para a dosimetria seria a soma das receitas de seus membros, é verificado na prática internacional. Entretanto, sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro vincula-se necessariamente a alteração legislativa, o que deveria implicar na suspensão de sua utilização nos votos dos Conselheiros, em benefício do princípio da segurança jurídica.

Nesse sentido, considera-se discussão trazida acerca do argumento de que a melhor forma de alterar o comportamento anticoncorrencial no mercado seria não através da imposição de multas, mas sim por meio de diretivas claras acerca das condutas permitidas e estabelecimento de diálogo com as associações do mercado, de modo que estas se sintam seguras o suficiente para reconhecer as condutas proibidas e reportar à autoridade antitruste sua eventual ocorrência. Conforme posicionamento analisado de Kühn, não é possível – ou, pelo menos, o custo financeiro e institucional é muito alto – aferir eventual efetividade gerada no mercado pela

conduta assumida pela associação, de modo que a criação de *safe harbors* representaria enorme ganho de eficiência da parte da autoridade antitruste, a qual teria uma menor quantidade de casos a serem analisados, em razão da diminuição do custo de transação em repetidamente aferir a mesma situação como prática lícita/ilícita, bem como estaria livre para exigir elevado *standard* probatório para a comprovação da licitude de conduta que deliberadamente não se encaixou dentre os *safe harbors* disponibilizados. Tal abordagem representaria ganho de eficiências e diminuição de custos, especialmente ao se considerar que ambas doutrina e jurisprudência apresentam opiniões diversas e muitas vezes conflitantes quanto aos requisitos para configuração da ilicitude da prática sob análise.

Apesar da discussão acerca de sua função como poder compensatório, um caso no qual os *safe harbors* seriam perfeitamente aplicáveis se refere ao uso da CBHPM, a qual, se definida como lícita ou ilícita, de todo modo implicaria em expressiva redução na quantidade de casos a serem analisados.

Tem-se, portanto, que as associações de classe, apesar de possuírem relevante função para o aprimoramento da indústria, apresentam risco de se constituírem em estruturas viabilizadoras de cartelização, atuando como agentes protagonistas na consecução de práticas anticoncorrenciais. A doutrina e jurisprudência nacional e internacional evoluíram de sua ausência de condenação para a consideração da associação como agente autônomo na conduta ilícita. A continuidade de referida evolução, nesse sentido, poder-se-ia centrar em enfoque *ex ante* de prevenção, de forma semelhante ao que ocorreu com o tratamento concedido à análise de atos de concentração, os quais inicialmente tinham seu potencial efeito anticompetitivo analisado *ex post*. Assim, o estabelecimento prévio de condutas lícitas e ilícitas contribuiria para a conscientização e educação do mercado, no intuito de criação de relacionamento cooperativo e não antagônico com as agências governamentais, bem como para a desoneração das autoridades do grande volume de casos semelhantes que demandam análises prolongadas e cujo custo poderia ser mais bem alocado em outros casos.

REFERÊNCIAS

Referências Bibliográficas

ANCELIN, Omblin; D'HARCOURT, Maelle; BAKKER, Florence de. Exchange of Information in Associations of Undertakings: an Overview of EU and National Case Law. In: ACCARAIN, Antoine et al. **2018 Competition Case Law Digest**: a synthesis of EU and national leading cases. 3. ed. United Kingdom: Concurrences, 2017. Cap. 1. p. 3-13. Edited by Frédéric Jeny and Nicolas Charbit.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Brasil é aceito como membro do Comitê de Concorrência da OCDE**. 22 fev. 2019. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrenca-da-ocde/view>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. _____. **Guia para programas de Compliance**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção de dos programas de *compliance* concorrencial. Brasília, 2016, 43 p. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf Acesso em 17 maio 2019.

_____. _____. **Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília, 2018. 67 p. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-atualizado-ago-2018.pdf>. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Lei nº 8137, de 27 de dezembro de 1990, artigo 4º, inciso II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Secretaria de Direito Econômico. Ministério da Justiça. **Combate a cartéis em sindicatos e associações**. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_sindicatos.pdf/@download/file/cartilha_sindicatos.pdf. Acesso em 20 out. 2018.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Defesa da Concorrência**: estudos e votos. São Paulo: Singular, 2015. 340 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Direito de Empresa, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, 22ª ed.

_____. _____. **Direito Antitruste Brasileiro**: comentários à Lei nº 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. 160 p.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. Tratado que institui a Comunidade Econômica Europeia (Tratado de Roma). Roma, 25 de março de 1957. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/treaty-of-rome>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

EUROPEAN UNION. Council Regulation nº 1/2003, de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>. Acesso em: 12 maio 2019.

FAULL, Jonathan et al. **The EC Law of Competition**. 2. ed. London: Oxford University Press, 2007. 1844 p. Edited by Jonathan Faull and Ali Nikpay.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo:

Editora Singular, 1998. 865 p.

FRAZÃO, Ana et al (Org.). **Associações**: constituição, fundamentos e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. 466 p.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. 512 p.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Cartel**: teoria unificada da colusão. São Paulo: Lex Editora, 2006. 542 p.

GOLDMAN, Andrew. **Trade Associations**: Toeing the Line between Antitrust Concerns and Protected Speech, 16 Geo. Mason U. C.R. L.J. 393, 2006.

GONÇALVES, Priscila Brólio. **Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição**: Análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo: Editora Singular, 2002. 319 p.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. 362 p.

HOVENKAMP, Herbert J. and LESLIE, Christopher R.. **The Firm as Cartel Manager**, 2011. Faculty Scholarship. 1835. Disponível em: http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1835. Acesso em: 19 maio 2019.

KÜHN, Kai-Uwe, MATUTES, Carmen, e MOLDOVANU, Benny. **Fighting Collusion by Regulating Communication between Firms**. Economic Policy, Vol. 16, No. 32 (Apr., 2001), pp. 167+169-204. Oxford University Press, 2001, 38 p.

LIEFMANN, Robert. **Cartels, Concerns and Trusts**. Ontario: Batoche Books, 2001 (1932). 439 p. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4846. Acesso em: 14 abr. 2019.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy**: theory and practice. 12 ed. New York: Cambridge University Press, 2009. 616 p.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (França). **Competition Assessment Toolkit**: Volume 1. Principles. Paris, 2017. 54 p. Disponível em: www.oecd.org/competition/toolkit. Acesso em: 5 abril 2019.

_____. **OECD Policy Roundtable on Standard Setting**. Paris, 2010. 303 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. **OECD Policy Roundtable on Trade Associations**. Paris, 2007. 307 p. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/41646059.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. **OECD Policy Roundtable on Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. Paris, 2010. 485 p. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2019.

_____. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência**: Brasil. Paris, 2019. 204 p. Disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-relatorio-da-ocde-com-analise-sobre-politica-concorrencial-brasileira/revisoes-por-pares-da-ocde-sobre-legislacao-e-politica-de-concorrencia_-brasil.pdf. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. **Lei e Política de Concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. Paris, 2010. 98 p. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: Doutrina,

Jurisprudência e Legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. 512 p.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-26092011-104134. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-104134/pt-br.php>. Acesso em: 2 abril 2019.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law: An Economic Prespective**. Chicago: The University Of Chicago Press, 1976. 262 p.

R. RICH, Bruce. **The Conduct of Trade Association Meetings**, 46 Brook. L. Rev. 205, 1980.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 334 p.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. O dia da Vantagem Marmota Auferida: Dúvidas, conceitos incorretos e interpretações equivocadas. **Jota**. 12 jul. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/o-dia-da-vantagem-marmota-auferida-12072018>>. Acesso em: 1 maio 2019.

SILVA, Leonardo Peres da Rocha e; MERLO, Fernanda Ribeiro Vasconcelos. Ab Extra: A positive impact generated by hard-won accession. **Mlex**. 26 mar. 2019. Disponível em: <<https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1077637>>. Acesso em: 1 maio 2019.

SILVA, Leonardo Peres da Rocha e; MERLO, Fernanda Ribeiro Vasconcelos. A OCDE e a defesa da concorrência no Brasil: Uma análise dos relatórios de 'peer review' de 2010 e 2019. **Jota**. 18 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-ocde-e-a-defesa-da-concorrenca-no-brasil-18042019>>. Acesso em: 1 maio 2019.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. As associações e a defesa da concorrência: a fronteira entre o direito de associação e o ilícito concorrencial. In: FRAZÃO, Ana et al. **Associações: constituição, fundamentos e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017. Cap. 10. p. 229-243.

SPENCER Weber Waller. **Trade Associations, Information Exchange, and Cartels**. 30 Loy. Consumer L. Rev. 203, 2018.

VAN BAELE & BELLIS. **Competition Law of the European Community**. 5. ed. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011. 1674 p.

Referências Jurisprudenciais

American Column & Co. v. United States, 257 U.S. 377 (1921), disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/257/377/>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Averiguação Preliminar nº 08000.020787/1996-62. Voto da Conselheira Lucia Helena Salgado Silveira. Brasília, 23 out. 1997.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-71. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 9 out. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMF4ZBRYrnwJfN8JV7NEFWrJiU1U8rXNhRnZ4QOL7wGkY4bt2sxjelw_G8jdJrm_Q3YBAk175JLuT5RIDs-QsZ. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08700.001859/2010-31. Voto da Conselheira-Relatora

Paula Azevedo, 10 jul. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPMe6XyN2dl38UsNXeW8_zlBU2nVnp6kZakq_2mzDWfZEtTytBBoPRISa87ZsGxTCuI-l-S5jvMrDovZF-lKahr. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.005882/2008-38. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 28 maio de 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMfBPDx1J3StY6B35CketdpOylGpZKMj3qbVmaQSW7KPq8OyintbW2r2VYAZt3Wbc2v5q6PnGPw0ik8JSwsXt2. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.004674/2006-50. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 04 jul. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMyjrqxYZFcxobjy5RcHC7b0z0FuLU8xcd6n7vu1T-4fyKAH4Sg3BAE8_tiQdPm6XAaB6Lowx45M4MU6u-d2Ou. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 15 dez. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMikDvFu69rwzaRbBPfHeWCGp5VmhogHtO4a5066xSmg7HqCc4NX5o9QHupJpvGM6nWk07vP2WgK6xfe2HTGOTV. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.007155/2008-13. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 15 dez. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOYgmzJx6GgRt3k7gXRfRH7Ov-K34ZWYtn2JTV_75EzI8-K_tUdhHUq8dT9nGCZM0Gb7UICiULLZXQpxUdzZR2W. Acesso em: 1º maio 2019.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.009382/2010-90. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 08 jun. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNVH_MjX14JAYzzSKja-1zsO6hBYvt59jse-kh6KUF3_4ibhL0w-tsTSw_pRnnA0r1-8pg5Zi3DEjrW-54POD37. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97. Voto do Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, 24 abril 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPnUeJCU9qNezwS1KBVAkxxURG664Wv7W0sYmgtDcEMgeubJmlJv_bdIbB4d_KafpY1pFeMNUud6Rl1a71-nlHA. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.002874/2004-14. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 03 fev. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOv-mSOh5ZqXoQz-hcb3zSVa-6GdhtaECwBSec7Dn6ivEuIX9HUmZ2tgGszyRjhcMiZoOFTYZ773lMcB_XIJCL1J. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.004276/2004-71. Voto da Conselheira-Relatora Ana Frazão, 8 out. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN5pMJw2M-qAHVVMJ_mwsCZAesE-YYjQ-YvWhwysOm0oVznJDI7HdhKeTlCDTxuK4HQBHZmPV8mHJJEyrqgL3bE. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.000504/2005-15. Voto da Conselheira-Relatora Cristiane Alkmin Schmidt, 7 dez. 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO-jjf5ocyk-v3o22-28ZTIXapuJcQD56_5KE3DGEcp1RI8Q_gW8lxdIFkS8R91PTkjWzZhDmgz1LQTM7OfTqWx#_Toc46880663. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 05 fev. 2018. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNnpPWVSb4YKMWwex61odHmovngE-UHu_N084SWn6C_Je_zH3YxqY871mwUSqycXZ5VQKBDxCLIfZrxd1RenaAN#_Toc441599798. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.009381/2006-69. Voto do Conselheiro-Relator João Paulo de Resende, 13 dez. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOMFewmHqvn7cedOB2VPF0AqHHLVRoqYymneGXBf7-RHEbY8voSPvTg0B8_pxBgzEGeluda8l-PJUOWoiD2lZs. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.002540/2002-71. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 21 set. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOK6panfAF9ZRhbSZCrdyblqO0XAX-BX0_A4R2Rv1RelN_GjisUjuiAaTOSbV3dOJ7dKKCFt-iryhJn2TP86kkf#_Toc429665616. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.012032/2007-13. Voto do Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior, 17 set. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOXNMX5PkIHBd7LR3qpquvnhpIePcd10j3DSAwSWuIEAppiUsjAGA6e9VTbp7T3Q5b78mkILADlr6-mtnLIMh2A. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.009462/2006-69. Voto-vista do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 20 ago. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOpro6kJxeFM6vG3um-pC60WAENTeIvZ7wwDO8XB2WAXWYGGb3p4QF8l7a16iDxR7j3_WVOgl-GzVvYnWt0z0MM. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.004472/2000-12. Voto da Conselheira Ana Frazão, 1 out. 2014. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM80bfIX7w1CoiRavm-MdhuTRJJPG29DNQ7I9f3mEAONAA4WGFwgYN7YRPMKEhTIwmNE0xdNWryvYsQ0cVOjzvc. Acesso em: 25 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.005660/2010-30. Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 22 maio 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-br6l-eZwDJyy0820q7ZXagnfE1Yxly3q7x-gGeLi2LpIv0d2E97pna6H0u2MzVfgi-EcRGU6UnWLz8ObmY57Q. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.005660/2010-30. Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão, 25

maio 2015. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-RggE_a4rN4vjQQg2deVlstpnBxggyWHnXGZnD1ly8Fyi0fn2XrZ7sujM8j33zZBn3gRrH4RBj4Eqwum5hPdn. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. _____. Processo Administrativo nº 148/1992. Voto do Conselheiro Leônidas Rangel Xausa. Brasília, 22 de outubro de 1997. Diário Oficial da União. Brasília, 5 nov. 1997. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yO9zooDb-sXZbPWHuGZoy992fldbVTsTEgDN8uATci6nI_PXZDdqMEMDWQ_BJzxBwNs_04YhAp4wc4yLfypiTgM. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. _____. Processo Administrativo nº 0058/1992. Voto do Conselheiro-Relator João Bosco Leopoldino da Fonseca, 15 mar. 2000. Disponível em:
<http://anexos.radaroficial.com.br/e1b72b36dd59f979431ecd6a5b1f26ed.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

_____. _____. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, 20 fev. 2013. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-IPH5asncAigN9vW42kqd9lheMLFYEhiCUG5Mpxx3oFyvsMsNechFgorOGpk4dncdNdHwz0HW43PFCWa7v_bwT. Acesso em: 21 abr. 2019.

_____. _____. Requerimento de TCC nº 08700.006721/2016-13. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Schmidt, 21 jun. 2018. Disponível em:
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTIngP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJITXxQMN01pTgFwPLudA-QMxGrldZ3pR3BixKRN5NjjHjXwLCzBXF22AYRs83A. Acesso em: 3 maio 2019.

Casos C-101/07 e C-110/07 P *Coop. de France Bétail et Viande*, 18 dez 2008. Disponível em:
<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-101/07>. Acesso em: 15 maio 2019.

Casos PRC 2005/26. *AIPL - Associação dos Industriais de Panificação de Lisboa*, 16 dez 2008. Disponível em:
http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC200526.aspx. Acesso em: 15 maio 2019.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. S/0425/12. Danone S.A., *Corporación Alimentaria Peñasanta S.A., Grupo Lactalis Iberia S.A., Nestlé España S.A., Puleva Food S.L., Calidad Pascual*, 3 maio 2015. Disponível em:
http://www.concorrenca.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Decisoes_da_AdC/Paginas/PRC200526.aspx. Acesso em: 15 maio 2019.

Maple Flooring Manufacturers' Assn. v. United States, 268 U.S. 563 (1925), disponível em:
<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/268/563/>. Acesso em: 12 maio 2019.

OJ L 260, 6.9.1989, p. 1–44. 89/515/EEC: Commission Decision of 2 August 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.553 - Welded steel mesh). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dec/1989/515/oj>. Acesso em: 17 maio 2019.

UNITED KINGDOM. Competition and Markets Authority. Uk Government. **Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation**: Final report. London: 2014. 468 p. Disponível em:
https://assets.publishing.service.gov.uk/media/552ce1d5ed915d15db000001/Aggregates_final_report.pdf. Acesso em: 15 maio 2019.

_____. _____. Uk Government. **Decision of the Competition and Markets Authority**: Conduct in the ophthalmology sector, Case CE/9784-13. 2015. Disponível em:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55d5989f40f0b609ff000009/Conduct_in_the_ophthalmology_sector_decision_v2.pdf>. Acesso em: 14 maio 2019.

_____. _____. Uk Government. **UNDERTAKINGS GIVEN TO THE CMA BY THE MINERAL PRODUCTS ASSOCIATION (MPA)**. May 3, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/799610/Letter_from_the_CMA_to_Mineral_Products_Association.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/>. Acesso em: 19 maio 2019.